INOVAÇÃO E SUSTENTABILIDADE
NO DIREITO

Reflexões jurídicas: Faculdade João Paulo II

Marcos Roberto de Lima Aguirre

Anatercia Rovani Pilati

(Organizadores)

Faculdades JP JOÃO PAULO II

Porto Alegre - RS

Ano 2022

INOVAÇÃO E SUSTENTABILIDADE NO DIREITO

Reflexões jurídicas: Faculdade João Paulo II

Marcos Roberto de Lima Aguirre

Anatercia Rovani Pilati

(Organizadores)

Faculdades JP JOÃO PAULO II

Porto Alegre - RS

Ano 2022

Inovação e sustentabilidade no direito reflexões jurídicas: Faculdade João Paulo II

Diagramação: Natália Sandrini de Azevedo
Correção: Yaiddy Paola Martinez
Indexação: Amanda Kelly da Costa Veiga
Revisão: Os autores
Organizadores: Marcos Roberto de Lima Aguirre
Anatércia Rovani Pilati

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

A284 Aguirre, Marcos Roberto de Lima
Inovação e sustentabilidade no direito reflexões jurídicas: Faculdade João Paulo II / Organizadores Marcos Roberto de Lima Aguirre, Anatércia Rovani Pilati. – Ponta Grossa - PR: Atena, 2022.

Formato: PDF
Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader
Modo de acesso: World Wide Web
Inclui bibliografia
ISBN 978-65-258-0540-5
DOI: https://doi.org/10.22533/at.ed.405222308

1. Direito. I. Aguirre, Marcos Roberto de Lima (Organizador). II. Pilati, Anatércia Rovani (Organizadora). III. Título.

CDD 340

Elaborado por Bibliotecária Janaina Ramos – CRB-8/9166

Atena Editora
Ponta Grossa – Paraná – Brasil
Telefone: +55 (42) 3323-5493
www.atenaeditora.com.br
contato@atenaeditora.com.br

DECLARAÇÃO DOS AUTORES

Os autores desta obra: 1. Atestam não possuir qualquer interesse comercial que constitua um conflito de interesses em relação ao artigo científico publicado; 2. Declaram que participaram ativamente da construção dos respectivos manuscritos, preferencialmente na: a) Concepção do estudo, e/ou aquisição de dados, e/ou análise e interpretação de dados; b) Elaboração do artigo ou revisão com vistas a tornar o material intelectualmente relevante; c) Aprovação final do manuscrito para submissão.; 3. Certificam que os artigos científicos publicados estão completamente isentos de dados e/ou resultados fraudulentos; 4. Confirmam a citação e a referência correta de todos os dados e de interpretações de dados de outras pesquisas; 5. Reconhecem terem informado todas as fontes de financiamento recebidas para a consecução da pesquisa; 6. Autorizam a edição da obra, que incluem os registros de ficha catalográfica, ISBN, DOI e demais indexadores, projeto visual e criação de capa, diagramação de miolo, assim como lançamento e divulgação da mesma conforme critérios da Atena Editora.

DECLARAÇÃO DA EDITORA

AGRADECIMENTO

Este livro é uma obra dedicada a cada um dos alunos da João Paulo II - Porto Alegre. Ele foi elaborado com muita dedicação pelos professores que escreveram cada um dos artigos aqui publicados. Agradece-se com especial atenção à Faculdade João Paulo II, em nome de seu diretor Carlos Fernando Romero, pelo apoio intenso e essencial para que este trabalho se tornasse realidade.

Este livro é também uma realidade graças ao apoio da Escola Superior da Brigada Militar, instituição parceira da Faculdade João Paulo II. Portanto, nosso agradecimento também é direcionado à Escola Superior da Brigada Militar (ESBM).

APRESENTAÇÃO

As Faculdades João Paulo II tem o orgulho de apresentar a primeira edição da sua obra coletiva “INOVAÇÃO E SUSTENTABILIDADE NO DIREITO: Reflexões Jurídicas: Faculdade João Paulo II . A proposta do livro nasceu das reflexões desenvolvidas na Faculdade de Direito, sob a coordenação conjunta e incentivo dos Professores. Dr. Marcos Roberto de Lima Aguirre e Dra. Anatércia Rovani Pilati, e se ampliou com o desejo de pares e discentes de compartilharem com a comunidade acadêmica reflexões sobre o atual cenário disruptivo e transformador que o Direito está experimentando. Este livro tem a pretensão de construir e expandir o diálogo entre as reflexões produzidas na Faculdade de Direito nas produções realizadas dos professores: Anatercia Rovani Pilati, Angela Cristina Viero, Carla Froener Ferreira, Clóvis Gorczevski, Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira, Fabiano Justin Cerveira, Giancarlo Michel de Almeida, Gisele Mazzoni Welsch, Leandro Antonio Pamplona, Marcos Roberto de Lima Aguirre, Mariângela Guerreiro Milhoranza, Rafael de Souza Medeiros e Sheila Marione Uhlmann Willani. A escolha do nome Inovação e Sustentabilidade no Direito: Reflexões Jurídicas trata-se de um convite a nossa comunidade acadêmica das Faculdades João Paulo II para fomentar a reflexão no mundo jurídico que está cada vez mais exigente, em todos os sentidos. Esse desafio exige uma nova postura jurídica bem diferente do modelo tradicional e burocrata e demasiadamente teórico-dogmático, o qual não suprime as necessidades fáticas da comunidade. Imperiosa essa ruptura, mas sem nunca esquecer a sua essência e história. Dessa forma, os artigos esperados, que serão publicados na forma de capítulos do livro, almejam contribuir com essa revolução e forma de pensar.

PREFÁCIO

As Faculdades João Paulo II são uma iniciativa educacional consolidada, uma história longa de busca por oferecer educação à sociedade rio-grandense que começou em Passo Fundo e se desenvolveu até oferecer cursos superiores em várias cidades, inclusive Porto Alegre. Do início até hoje, duas gerações de pessoas se dedicaram ao desenvolvimento da instituição, movimentando, nesse objetivo, um grande número de professores, alunos, colaboradores. Cada fruto desse esforço que pode ser mensurado, como um livro, é uma contribuição a essa história e a todos os esforços coletivos para construí-la.

Este livro é isso - um dos muitos frutos trazidos à sociedade. E a sociedade brasileira efetivamente precisa deles e de educação neste momento. As dificuldades sociais e econômicas enfrentadas ao longo do século XX não foram superadas. Por um momento, nos primeiros anos do século XXI, parecia que este caminho de superação estava mais visível a frente, mas agora, perto do encerramento do primeiro quartel do século XXI, notamos que desafios permanecem, ressurgem em outras formas e em outras conjunturas, e ainda precisam ser solucionados. As soluções para desenvolver uma sociedade são complexas, mas um dos meios mais importante é, sem dúvida, trazer cultura e educação ao maior número de pessoas.

Dentro desta conjuntura ampla, uma contribuição importante para aqueles que estão atuando no Ensino Superior é continuar pesquisando, produzindo e publicando, atos que demandam dedicação e esforço. Fazer isso é contribuir, de grão em grão, para uma sociedade mais inclusiva, com mais cultura, acessibilidade, respeito às diferenças, que avance. Valem as tão bem escritas palavras do preâmbulo da Constituição de 1988, buscamos: *o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social...*". É preciso construí-la.

Receber o convite para escrever este prefácio é uma honra. Profissionais com quem este autor convive desde o início da sua época formativa hoje trabalham na instituição. E são muitos deles, de diversos momentos. Ainda que de longe, saber que esse grupo de professores tão dedicados está junto, se vendo com frequência, trabalhando e fazendo reuniões, é reconfortante, uma continuidade positiva e que espero que continue por muitos anos à frente.

Dentre tantos temas que merecem a atenção, este livro é sobre um dos principais - o Direito. É um fenômeno de pacificação social e busca de ordem, normas que surgem em grupos de humanos e que, em sociedades tão complexas como as nossas, tomam o aspecto de um sistema jurídico de enorme complexidade, em constante alteração, e sob os quais os avanços tecnológicos e culturais exigem continuada reflexão. Como diz

Dimoulis na apresentação de um de seus livros, o Direito é como uma fábrica imensamente complexa, as pessoas adentram nos seus conhecimentos e práticas, não é possível saber tudo sobre ele, mas o tempo e a dedicação permitem conhecer mais sobre algumas partes, e fazendo isso, é possível contribuir com uma sociedade melhor de diversas formas. Se, por um lado, o Direito busca dar segurança e expectativas corretas de comportamento, por outro, vivemos em um mundo em constante alteração - como conciliar? É um dos motivos que movimenta tantos juristas ao longo do tempo e o que se faz aqui, e cada esforço como este merece ser comemorado.

Assim, este livro é composto inicialmente pelo trabalho “Os diferentes tipos de Estado e a Judicialização da Política no Estado Brasileiro”, da professora Anatércia Rovani Pilati. Ela fala de um dos desafios mais importante surgidos no período que procede a Segunda Guerra Mundial - a existência de um Judiciário muito atuante e em um modelo institucional de protagonismo, um papel político dado pelo seu papel de efetivar a Constituição - e, sendo moldado assim, pelo mundo todo tem aceitado receber e julgar demandas sociais. Mas não é um papel facilmente trazido à instituição, pois ela não foi moldada para decidir políticas públicas e nem tem seus membros escolhidos da mesma forma que os outros dois poderes.

O segundo artigo é o “Panorama evolutivo da Teoria do Negócio Jurídico simulado. Principais concepções e suas consequências, notadamente em relação à tutela de terceiros de boa-fé”. Um artigo de Direito Privado sobre um tema permanentemente importante na área contratual, feito com atenção especial sendo dada a aspectos históricos e comparados pela professora Angela Cristina Viero.

O terceiro artigo é da professora Carla Froener “Imagens, persuasão e Sociedade do Consumo: a regulação da publicidade via Internet”. É um tema de grande relevância no momento vivido. As relações sociais feitas a partir da Internet têm se mostrado cada vez mais importantes e, em muitas situações, demandam a atenção e o cuidado regulatório do Estado para evitar abusos. O tema da persuasão pelos meios virtuais é importante, e refletir sobre ele sob o aspecto da publicidade e dentro do marco do Código de Defesa do Consumidor é uma maneira de colaborar com o desenvolvimento de todo um conjunto de adaptações que a importância da Internet na sociedade nos demanda.

A seguir está o artigo do professor Clovis Gorczevski, que teve um papel importante nos trabalhos que deram origem ao Curso de Direito das Faculdades João Paulo II em Porto Alegre. Seu tema é a necessidade de haver um Estado atuante para garantir a concretização dos Direitos Humanos em um Estado de modelo liberal. Um tema muito ligado ao próprio esforço de dar educação à sociedade e uma reflexão necessária sobre o papel do Estado.

O quinto artigo é também sobre os Direitos Fundamentais, agora ligado à moradia. Ele aparece no artigo 6º da Constituição, é um Direito Social para além de qualquer dúvida,

mas sua implementação envolve desafios jurídicos e financeiros notáveis e está longe de um patamar adequado no Brasil. Este é o tema de estudo da professora Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira em “Direito à Moradia Digna: desafios jurídicos e financeiro-orçamentários”, que tem produções e uma carreira profissional muito ligadas à área.

O sexto artigo é o “ Entrevista/oitiva de crianças e falsas memórias”, do professor Fabiano Justin Cerveira. É um tema que recebe continuada atenção, pois a necessidade de procedimentos judiciais adequados, capazes de permitir uma correta aplicação da Justiça, é central e a sensibilidade necessária para fazê-los com crianças e adolescentes é grande. O tema é de muita relevância e envolve um desafio multidisciplinar, envolvendo áreas e sensibilidades que vão além das normas jurídicas.

O próximo é o artigo “Licitação e Meio Ambiente: mitigação de impacto ambiental na Nova Lei de Licitações”, do professor Giancarlo Michel de Almeida, um professor dedicado e com trajetória envolvendo diversas áreas das ciências sociais. A necessidade de desenvolver o Direito Ambiental é evidente em um mundo no qual a devastação ambiental tem sido muito intensa por ao menos cento e cinquenta anos, e meios de limitar e reverter os danos causados ao ambiente são uma preocupação central para o desenvolvimento político e social de todo o mundo. O trabalho é atual, trata do tema com olhos para a Nova Lei de Licitações, uma lei impactante por substituir um modelo anterior que já durava décadas e moldara muitos acontecimentos administrativos no Brasil.

O oitavo artigo é feito por três professores e professoras, Gisele Mazzoni Welsch, Leandro Pamplona e Mariângela Guerreiro Milhoranza da Rocha. É o segundo artigo deste livro sobre a tecnologia influenciando o Direito, “Inteligência artificial e a virada tecnológica do Direito Processual Civil brasileiro”. É um tema sendo refletido há algum tempo, conforme a capacidade de análise textual de algoritmos aumentou e, cada vez mais, foi possível dar usos práticos a essa tecnologia mesmo em textos tão complexos quanto as peças jurídicas. Hoje, o tema é de enorme atualidade e importância, a tecnologia está em um patamar muito avançado. O limite da capacidade de analisar, o tratamento necessariamente humano dos casos, o quanto a área processual poderá se beneficiar dessa tecnologia, se bem usada, são um tema de profundo interesse e capaz de impactar muito positivamente o acesso à Justiça na sociedade brasileira.

Marcos Roberto de Lima Aguirre, um dos organizadores do Curso de Direito das Faculdades João Paulo II em Porto Alegre, atual coordenador do curso e um dedicado profissional, sempre trazendo influências positivas e de ímpar gentileza aos projetos de que aceitou participar, escreve “A separação dos poderes na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: uma análise do Poder Executivo”. O estudo é de importância permanente, o desenho institucional do Poder Executivo brasileiro já traz papéis de grande relevo, típicos de um presidencialismo, mas a história política nos ensina que esse papel é ainda maior no nosso país - estudar o Executivo e os outros dois poderes com que ele

interage é um dos caminhos necessários, incontornáveis, para que uma sociedade melhor se desenvolva no Brasil.

Como décimo artigo Rafael de Souza Medeiros traz “Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas e limites materiais de suas decisões”. O órgão de fiscalização que se desenvolveu ao longo dos últimos trinta anos, em ritmo crescente, cada vez mais como corte julgadora administrativa, um papel que se bem delimitado pode trazer importantes benefícios, mas que precisa ser constantemente refletido, para garantir que ele seja positivo para a sociedade brasileira e desempenhe harmonicamente a atividade, especialmente em sua relação a outros órgãos e ao Poder Judiciário e à própria Constituição.

Por fim, Sheila Willani publica um artigo intitulado “Mediação do Direito Comparado”, seu objetivo é o de encontrar os métodos mais eficientes para a pacificação de conflitos a partir de uma busca em diversos países. O tema é de grande importância, especialmente em um país com um número tão alto de processos sendo iniciados a cada ano.

Tenho a convicção de que pesquisadores, estudantes e professores poderão encontrar na obra artigos para enriquecer seus conhecimentos e refletir. Que a volta da pandemia seja também um momento de superação de dificuldades, inclusive as do ensino, e muitas iniciativas como essa continuem ocorrendo.

Porto Alegre, 30 de junho de 2022.

Wagner Feloniuk

Professor da Universidade Federal do Rio Grande

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1

PANORAMA EVOLUTIVO DA TEORIA DO NEGÓCIO JURÍDICO SIMULADO. PRINCIPAIS CONCEPÇÕES E SUAS CONSEQUENCIAS, NOTADAMENTE EM RELAÇÃO À TUTELA DE TERCEIROS DE BOA-FÉ

Data de aceite: 04/08/2022

Angela Cristina Viero
Doutora em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS com período de estágio doutoral na *Università degli Studi di Roma II Tor Vergata*. Mestre em *Sistema Giuridico Romanistico, Unificazione del Diritto e Diritto dell´Integrazione* pela *Università degli Studi di Roma II Tor Vergata*. Especialista em Processo e Constituição pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Especialista em Direito Civil Aplicado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Docente do Curso de Direito da Faculdade João Paulo II (campus Porto Alegre). Advogada.

RESUMO: O presente artigo apresenta um panorama da evolução histórica da teoria do negócio jurídico simulado, desde o direito romano clássico, passando pelo direito medieval até o direito moderno. A partir dele é possível identificar duas diferentes vertentes legislativas concernentes à sanção determinada pela norma, resultantes das concepções doutrinárias acerca do contrato (França) e do negócio jurídico (Alemanha). A diversidade de concepções produz consequências, sobretudo no que se refere à tutela de terceiros de boa-fé, problema sensível em matéria de simulação.

RIASSUNTO: Questo articolo presenta una panoramica dell'evoluzione storica della teoria del negozio giuridico simulato, dal diritto romano classico, attraverso il diritto medievale fino al diritto moderno. Da esso è possibile individuare due diversi filoni legislativi riguardanti la sanzione determinata dalla norma, risultanti dalle concezioni dottrinali sul contratto (Francia) e sul negozio giuridico (Germania). La diversità delle concezioni ha delle conseguenze, soprattutto per quanto riguarda la tutela dei terzi di buona fede, un problema sensibile alla simulazione.

1 | INTRODUÇÃO

A simulação é concebida pelo direito moderno como um fenômeno jurídico no qual se dá a criação intencional de uma aparência que não corresponde à realidade da relação verdadeiramente querida e existente entre as partes.

Nas palavras de Clóvis Bevilaqua[1], autor do revogado Código Civil brasileiro de 1916, a simulação consiste em *uma declaração enganosa da vontade, visando a produzir efeito diverso do ostensivamente indicado*.

A simulação é prática muito antiga e ainda corrente na sociedade ocidental, principalmente no âmbito dos negócios jurídicos, das relações familiares e do Direito Tributário.

1. BEVILAQUA, Clovis. *Código dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. vol. I, Rio de Janeiro, [s.d], p. 353.

Este fenômeno de criação de uma aparência diversa da realidade tem dois elementos essenciais.

O primeiro deles é o acordo simulatório, que consiste no entendimento das partes em criar a aparência enganosa[2]. É o momento do procedimento em que as partes fixam o exato significado das respectivas manifestações de vontade que serão realizadas.

O segundo elemento é o não reconhecimento objetivo, o que significa que o acordo simulatório deve ser secreto e a aparência não deve ser reconhecida enquanto tal pelo mundo exterior. Com efeito, preleciona Nicola Distaso[3] ser própria da simulação a antítese entre a não realidade *inter partes* do negócio simulado e a avaliação objetivamente apreciável dele como ato verdadeiro e real.

Estabelecidas estas premissas iniciais, passamos a apresentar um panorama da evolução histórica da teoria do negócio jurídico simulado, do direito romano clássico ao direito contemporâneo, identificando dois diferentes modelos de disciplina nas codificações europeias e latino-americanas, notadamente no que se refere à tutela da confiança dos terceiros de boa-fé, problema sensível em matéria de simulação.

2 | A SIMULAÇÃO NO DIREITO ROMANO

Os jurisconsultos romanos clássicos não conceberam a simulação como um fenômeno que por si só constituísse motivo determinante da nulidade do negócio. Não utilizaram os termos *simulare*, *simulatio* ou qualquer de seus derivados, com a precisão terminológica que tais vocábulos vieram assumindo com o transcurso do tempo. Tampouco conferiram ao problema uma solução unitária.

Cumpre recordar que o direito romano clássico operava com um sistema negocial formal, de causas típicas. Tendia-se a negar efeitos a todas e quaisquer figuras que não contivessem os elementos essenciais à configuração de todo e qualquer contrato — por exemplo, o consentimento das partes —, e aqueles específicos, resultantes da causa típica — como o preço na compra e venda.

A configuração de uma causa típica, bem como a presença dos elementos essenciais, genéricos e específicos, vinculavam direta e fundamentalmente a validade ou invalidade do acordo e, portanto, a sua aptidão para a produção de efeitos.

Não se pode afirmar com segurança, tendo em vista as numerosas discussões que permeiam os textos clássicos — muitas delas por suspeitas de interpolações obradas pelos compiladores de Justiniano —, que a simulação tenha sido concebida propriamente como a causa por si bastante de nulidade do negócio. No entanto, parece verossímil que a nulidade

2. Diz-se aparência enganosa não no sentido de lesiva, que causa dano, pois pode haver simulação sem que haja intenção de prejudicar terceiros ou violar a lei.

3. DISTASO, Nicola. *La simulazione dei negozi giuridici*, Torino: UTET, 1960, p. 85.

viesse sancionada em virtude da ausência dos já referidos elementos essenciais.

Neste sentido, os romanistas[4] que se dedicaram ao estudo da simulação costumam invocar três grupos de textos do *Corpus Iuris Civilis*:

O primeiro deles é constituído por fragmentos relativos à *imaginaria venditio*, tais como D. 50,17,16, D. 18,1,55 e D. 44,7,54, os dois últimos trechos formulando o princípio segundo o qual todos os contratos imaginários são desprovidos de efeitos.

O segundo grupo de textos é formado por passagens relativas à *venditio donationis causa*, como, por exemplo, D. 24,1,31,3, D. 18,1,36, D. 18,1,38, entre outros tantos, dos quais se infere que os jurisconsultos romanos consideravam nula a venda com escopo de doação por ausência de elemento essencial - o preço.

Mas a simulação assumia efetiva importância apenas quando as partes se utilizavam do sistema de atestar por escrito um negócio diverso daquele anteriormente realizado. Os princípios então aplicados em matéria de documentos permitiam aos juristas estabelecer, sem dúvida e independentemente de qualquer regra sobre a simulação, a prevalência do negócio estipulado sobre o falso documento escrito, segundo critérios de equidade e de bom senso. É neste contexto que se insere o terceiro e mais importante grupo de fragmentos, integrado pelo Livro 4, Título 22, rubrica e parágrafos 1 a 4 do Código de Justiniano.

Trata-se de quatro constituições imperiais, três delas originadas da Chancelaria Imperial de Diocleciano e a rubrica enuncia:

> **C. 4, 22, 0. R. *PLUS VALERE QUOD AGITUR QUAM QUOD SIMULATE CONCIPITUR.*** [MAIS VALE O QUE SE FAZ, DO QUE AQUILO QUE COM SIMULAÇÃO SE EXPRESSA.][5]

Ainda, no direito justinianeu percebe-se que há uma tendência pela unificação e generalização das particulares soluções clássicas, demonstrando que se tenha aplicado neste período, de forma geral, a nulidade dos negócios simulados. Esse critério de nulidade, no entanto, vinha aplicado a casos concretos diversos, dogmaticamente distintos da simulação, como no caso de mera divergência entre documento e negócio.

De qualquer forma, as mesmas soluções utilizadas nas decisões até então e as premissas fixadas, em particular no *Codex* 4, 22, constituíram o ponto de partida para a elaboração doutrinária pelos juristas medievais.

Releva referir, ademais, que a premissa do C. 4,22 foi de fundamental importância para que os juristas do Direito Comum pudessem estabelecer, em tema de simulação relativa, a nulidade do negócio aparente e a possível validade do negócio dissimulado.

---

4. Ver, por todos, PUGLIESE. Giovanni. *La Simulazione nei Negozi Giuridici: Studio di Diritto Romano*, Padova: CEDAM, 1938.

5. Tradução livre. Em espanhol: DE QUE TIENE MÁS VALIDEZ LO QUE SE HACE, QUE LO QUE CON SIMULACIÓN SE EXPRESA. *In* GARCÍA DEL CORRAL, I. *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, T. IV Código, libro 4, op.cit. p. 456.

3 I AVANÇOS TEÓRICOS ACERCA DO NEGÓCIO JURÍDICO SIMULADO NO PERÍODO MEDIEVAL

Foi no período medieval que se lançaram as atenções para uma identificação mais precisa dos aspectos estruturais do fenômeno simulatório, em virtude da necessidade de conferir um tratamento mais uniforme aos negócios simulados, muito difusos à época. A simulação era utilizada como meio para violar as leis que impediam a cobrança de juros (negócios usurários), vedavam a prática de determinados atos por determinadas pessoas, estabeleciam a incidência de pesados ônus fiscais e impunham o confisco de bens.

Com efeito, foram os Glosadores (séculos XII e XIII), a partir do princípio exposto na rubrica do C. 4, 22, que individualizaram os dois polos do fenômeno, quais sejam, de um lado o negócio, do lado oposto o comportamento simulatório. A antítese vem afirmada pelos juristas com a expressão *aliud agere aliud simulare* e estabelece a pedra angular da disciplina da simulação em termos de prevalência da verdade (*rei veritas*)[6].

O princípio da prevalência da *rei veritas,* fixado no C. 4, 22, 1, preconiza que nos contratos deve-se considerar mais a verdade do que o escrito[7] e tem por fundamento a premissa segundo a qual a aparência documental, típica manifestação através da qual as partes concretizam o comportamento simulatório, deve, em qualquer caso, ceder lugar à efetiva vontade negocial.

Aplicava-se, portanto, em regra, o princípio da prevalência do negócio verdadeiro sobre o negócio oculto. Verificava-se, porém, a aplicação dos mesmos critérios para as distintas simulação e fraude à lei. A causa de nulidade do negócio simulado se fundava no defeito do consenso. Operou-se, ainda nesse período, a classificação das espécies de simulação, assim como foi analisado o problema da prova e a salvaguarda de terceiros, ainda que este último aspecto mais timidamente.

Mancuso[8], referindo-se especificamente à simulação, observa que as raízes da árvore eram já fortes quando os Comentadores (séculos XIV e XV) se confrontaram com a herança conceitual recebida dos seus antecessores. Afirma o doutrinador que foram acolhidos os ensinamentos dos Glosadores e, a partir deles, os Comentadores desenvolveram a rede dogmática e normativa em torno do tema.

Foi nesse período que Alberico[9], sob o prisma teleológico, deduziu um princípio de grande valor: o da inoponibilidade da simulação a terceiros de boa-fé, os quais não podem

6. MANCUSO, F. *La Teorica della Simulazione nell'Esperienza dei Glossatori: Da Irnerio ad Accursio e da Graziano a Giovanni Teutonico*, Bologna: Monduzzi, 2004, p. 19.

7. Tradução livre de C. **4.22.1.** ***Imperatores Valerianus, Gallienus .*** **In contractibus rei veritas potius quam scriptura prospici debet. * VALER. ET GALLIEN. AA. RUFINO. *<A 259 PP. III K. IUN. AEMILIANO ET BASSO CONSS.>**

8. MANCUSO, F. *La Teorica della Simulazione nell'Esperienza dei Glossatori*, *op.cit*. p. 6.

9. *Dictionaire iuris civilis*, sub. V. Simulatio (Veneza, 1581). FERRARA, Francesco. *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, trad. A. Bossa, São Paulo: Saraiva, 1939, p. 170.

ser prejudicados em virtude do secreto entendimento das partes[10].

Nos países da Península Ibérica, havia regras expressas sobre a simulação. No entanto, as previsões legais eram específicas para o caso de ocultação da prática de usura e, portanto, limitadas. Tal ocorre primeiro na Espanha, com a *Ley de las Siete Partidas*[11] e o *Ordenamiento de Alcalá*[12], e depois em Portugal, com as Ordenações Afonsinas[13]. Neste último País, com o advento das Ordenações Manuelinas[14] é que foram predispostas normas específicas para o contrato simulado, as quais foram conservadas nas sucessivas Ordenações Filipinas[15]. De qualquer forma, a solução mantém-se a mesma, isto é, a

---

10. FERRARA, Francesco. *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, *op. cit.*, p. 170.

11. Partida 5ª, Título 11, *Ley* 40. O preceito contemplava duas hipóteses. Primeira delas, a de uma promessa com estipulação de cláusula penal; neste caso, não procedendo o devedor ao cumprimento da obrigação, deveria pagar a "pena" estipulada. A segunda hipótese tratava dos enganos: um deles consiste na estipulação de cláusula penal para fins de cobrança de usura, caso em que não produzirá efeitos a "pena", ainda que o devedor não cumpra a obrigação no prazo fixado. Condena, ainda, outras formas *en engaño de usura*, exemplificando com um mútuo garantido por penhor disfarçado sob as vestes de uma venda. Na hipótese de enganos, além de considerar inválida (*non deve valer*) a convenção simulada, impunha-se ao credor (simulado adquirente) o ônus de, em caso de inadimplemento da obrigação (de restituir), não poder exigi-la em juízo e, se mesmo assim o fizesse, o não reconhecimento da pretensão.

12. Título XXIII, *Ley* I. Manteve a previsão das *Siete Partidas* no tocante à proibição à usura, também quando oculta por detrás de um contrato simulado. Porém, acrescentou a hipótese do pacto de retrovenda no contrato de compra e venda realizado para ocultar mútuo usurário, pacto cuja presença conduzia à presunção de existência da simulação.

13. As Ordenações Afonsinas tratam da simulação de modo esparso, com algumas disposições inseridas em contextos tais como o que regula a usura – citando vários contratos que podem ser realizados para encobrir a cobrança de juros – e o que regula a compra e venda. Em todos os casos, a lei faz alusão aos contratos lícitos (regra geral) que são realizados para o alcance dos efeitos negociais normais a que se destinam (e então são plenamente válidos) ou para encobrir fins que não aqueles decorrentes da respectiva forma negocial utilizada, quando então o contrato deverá ser considerado conforme a sua verdadeira finalidade (ocultação da usura). Um terceiro contexto é aquele em que se proíbe a aquisição pelo testamenteiro, tutor ou curador, dos bens do *de cujus* ou do menor, respectivamente. De qualquer forma, em uma passagem nota-se a expressão *contratos simulados*, em referência àqueles que fossem feitos "enganosamente" (Livro 3, Título 64, Item 33) admitindo fossem provados por testemunhas. No Livro 4, Título 19, em sede de proibição à usura, é tratado o contrato simulado (ainda que não assim denominado e, de qualquer forma, sem um princípio geral e de modo desconexo. Desta regra dois casos sobressaem. O primeiro deles prevendo a realização de um contrato de compra e venda por preço vil com pacto de retrovenda: presume-se que é um contrato simulado que oculta um mútuo usurário com garantia real. O segundo caracteriza um contrato de aforamento (mais tarde denominado enfiteuse e atualmente conhecido como direito de superfície). O foreiro dava em penhor ao senhorio direto um bem para que os frutos e rendas oriundos da coisa empenhada servissem como pagamento de alguma dívida decorrente do aforamento (presume-se algum foro não pago) e da pensão anual. O penhor, assim constituído, era tido como lícito, até que fosse paga a dívida, não sendo descontado desta nenhum valor na medida em que o senhorio direto, enquanto estivesse percebendo os frutos e rendas da coisa empenhada, não receberia a pensão anual. Se, porém, semelhante penhor (para garantir dívida decorrente do contrato de aforamento) se constituísse entre pessoas que não fossem foreiro e senhorio direto, restaria caracterizado o empréstimo usurário. No Livro 4, Título 40, âmbito da compra e venda, estava prevista a simulação, cujo motivo residiria no encobrimento da usura. A compra e venda com pacto de retrovenda era perfeitamente válida, sendo lícito que o adquirente percebesse os frutos enquanto estivesse na posse da coisa, até que o preço lhe fosse restituído. Entretanto, a compra e venda com pacto de retrovenda realizada com pessoa que tinha por costume a prática da usura, ainda que no contrato se fixasse um preço justo, presumia-se simulada.

14. As Ordenações Manuelinas representaram verdadeiro progresso em matéria de contratos simulados, tendo-lhe sido reservado um inteiro Título (Livro 4, Titulo 15). Neste, além de estabelecer um vasto elenco de hipóteses – indicando o objetivo de abranger a gama mais ampla possível de formas de contrair obrigação –, definia os elementos básicos da simulação: intenção maliciosa, declaração de uma "coisa" simulada que, na verdade, não havia sido contratada nem convencionada pelas partes (produzindo engano), sendo outra coisa entre elas contratada e não declarada (ocultação da verdade) nas escrituras, alvarás e etc. Identificava, outrossim, a finalidade de fraudar a lei (direito civil ou canônico) e prejudicar terceiros. No Livro 3, Título 45, §23, estabelecia que o contrato simulado poderia ser provado por testemunhas.

15. Livro 4, Título 71; Livro 3, Título 34, § 1; Livro 3, Título 59, §25. Foram mantidos, sem alterações substanciais de

prevalência do negócio verdadeiro sobre o simulado, sendo este último nulo por violar os preceitos da lei.

Com os Cultos no século XVI (sobretudo na França, em função do método filológico para o estudo do direito romano e das críticas e oposição às escolas precedentes), não evoluiu a teoria da simulação. Na Itália avançaram os estudos sobre a matéria, na esteira do desenvolvimento operado pelos Glosadores e Comentadores, tendo sido tratado até mesmo o problema da presunção na prova da simulação. A doutrina alemã se orientava pelos avanços que se verificavam na Itália.

Nos séculos XVII e XVIII, na Itália, a matéria foi estudada em todas as suas particularidades. Foram analisados e debatidos diversos aspectos essenciais do fenômeno simulatório, passando pela classificação das espécies, distinções em relação a outros fenômenos, efeitos, legitimidade para a oposição até o problema da prova.

4 I AS CONCEPÇÕES QUE EMBASAM A DISCIPLINA LEGAL DA SIMULAÇÃO NA FRANÇA, NA ALEMANHA E NA ITÁLIA

No direito moderno codificado, o problema consiste, basicamente, na ausência de uniformidade quanto ao critério que define a disciplina da simulação. Verificam-se tanto soluções que determinam a ineficácia, afetando a aptidão do ato ou negócio simulado para a produção de efeitos, quanto soluções que propugnam pela sua invalidade.

Cada ordenamento procurou conformar o problema da simulação às respectivas concepções em matéria de ato ou negócio jurídico. Há duas grandes linhas de tendência legislativa acerca do ato ou negócio simulado, originadas em duas principais vertentes de construção dogmática.

A primeira, a do Código Civil francês, adota uma construção causal, objetiva, assim como o direito romano clássico, um sistema de tipicidade contratual. No ordenamento francês, o negócio jurídico é considerado como ato típico de autonomia privada (autorregulamento de interesses privados). O pressuposto de fato da norma é o próprio ato de autonomia privada, que pode criar, modificar ou extinguir relações jurídicas. Os efeitos não se produzem porque desejados pelas partes, mas porque previstos e predispostos pelas normas jurídicas[16]. O Estado intervém na regulamentação das relações jurídicas entre privados por meio das normas, considerando a função econômico-social dos negócios[17]. Neste contexto, a simulação apresenta-se como contraste entre o fim prático

---

conteúdo, os preceitos que regiam a simulação nas Ordenações Manuelinas.

16. BETTI, Emilio. *Lezioni di Diritto Romano: Rischio Contrattuale – Atto Illecito – Negozio Giuridico*, Roma: Edizioni Ricerche, Anno 1958-1959, p. 268: *"In virtù del riconoscimento giuridico, dunque, i negozii della vita privata assurgono alla dignità di negozii giuridici: diventano, cioè, strumenti che il loro diritto mette a disposizione dei privati per dar vita e sviluppo a rapporti giuridici fra loro."*

17. BETTI, Emilio. Lezioni di Diritto Romano: Rischio Contrattuale – Atto Illecito – Negozio Giuridico, op. cit., p. 269/270: "È ovvio, infatti, che l'ordinamento giuridico non può prestare il suo appoggio all'autonomia privata per il conseguimento di qualunque scopo essa si proponga: lo ordine giuridico, invece, valuta la funzione pratica che caratterizza ciascun

perseguido pelas partes por meio do contrato e a causa típica dele. O Estado impõe, por meio da disciplina normativa, limitação à força obrigatória do contrato em relação a terceiros dispondo que a contra declaração (*contre-lettre*) somente produz efeitos entre as partes contratantes, não sendo oponível a terceiros (art. 1.201 do *Code Civil*). A sanção de nulidade da contra declaração é prevista apenas nas hipóteses estabelecidas no art. 1.202 do *Code*, por versarem atos ocultos que a lei presume fraudulentos.

A segunda é a do Código Civil alemão. O BGB, produto da Escola das Pandectas, propõe a construção do negócio jurídico com base na declaração de vontade, no consentimento. O negócio é concebido como constituição voluntária de relações jurídicas de forma autodeterminada. O ordenamento alemão, logo, orientado por uma concepção individualista da autonomia privada limita-se a recepcionar as formas negociais de iniciativa privada, impondo limites gerais relativos à ordem pública e aos bons costumes. Se o negócio jurídico tem como alicerce o consentimento das partes, no qual se verifica, em uma situação de normalidade, correspondência entre a vontade e a declaração, então é natural que o consentimento viciado seja causa de invalidade do negócio. A simulação, nesta concepção, é vício de consentimento porque são divergentes entre si vontade e declaração. Assim, aplica-se o critério invalidante da nulidade do negócio simulado. Observa-se, pois, nítida preponderância do elemento subjetivo.

Ambas as concepções em que se fundam as diferentes soluções para o negócio simulado são passíveis de críticas. A teoria da ineficácia, limitante da força vinculante dos contratos em relação a terceiros, mesmo no ordenamento francês, em que foi originalmente concebida e que influenciou tantos outros ordenamentos, foi mitigada em virtude da inserção de um adendo ao dispositivo legal que outrora tratava da matéria (o art. 1321-1, cujo conteúdo, após a reforma do direito dos contratos, foi deslocado para o art. 1.202). Tal relativização se verifica na medida em que foi prevista a nulidade da contra declaração em alguns casos específicos, ainda que estes envolvam sempre uma simulação relativa. A teoria da nulidade, a seu turno, possui uma séria lacuna porquanto deixa ao total desabrigo a tutela dos interesses de terceiros que confiaram na aparência do negócio simulado. Ademais, a concepção da simulação como vício do consentimento encontra-se superada, na medida em que não se verifica no fenômeno simulatório verdadeira divergência entre vontade e declaração.

Nota-se, portanto, que o problema mais latente que envolve os efeitos do negócio simulado, diz respeito à antinomia existente entre a prevalência da verdade (*rei veritas*) – com vinculação direta à teoria da nulidade – e a tutela dos terceiros de boa-fé, com a

---

tipo negoziale, e, solo se e quando ne giudichi la funzione socialmente rilevante e degna di tutela, riconosce il negozio e lo prende sotto la sua protezione. Assunto così l'atto di privata autonomia alla dignità di negozio giuridico, ad esso ricollegano 'effetti giuridici' che possono essere statuiti solo dallo ordine giuridico, ma che debbono tradurre in atto con la massima approssimazione la funzione caratteristica del tipo di negozio: funzione, cui corrisponde lo scopo pratico che nella normalità dei casi i privati perseguono con quel negozio."

prevalência do negócio aparente, como premissa fundamental da teoria da ineficácia.

Atualmente entre os Códigos Civis europeus, o italiano de 1942, adotando a teoria da ineficácia do negócio simulado, é aquele que possui a disciplina mais exaustiva no que se refere à problemática envolvendo a proteção dos terceiros de boa-fé. Prevê, inclusive, a solução a ser aplicada em caso de conflito entre diferentes categorias de terceiros de boa-fé, quais sejam, aqueles que têm interesse na manutenção do negócio simulado e aqueles que têm interesse na sua desconstituição.

5 | A SIMULAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL DO CHILE, NO CÓDIGO CIVIL E COMERCIAL DA NAÇÃO ARGENTINA E NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO.

Na América Latina, os Códigos Civis muito foram influenciados pela experiência codificadora do Velho Continente.

O Código Civil chileno (arts. 1700 e 1876), no tema da simulação, segue a tradição francesa.

O Código Civil e Comercial argentino estabelece a nulidade da simulação ilícita (art. 334).

O Código Civil brasileiro sanciona com nulidade o negócio simulado (art. 167), ao mesmo tempo em que consagra o princípio da inoponibilidade da simulação aos terceiros de boa-fé, concebendo uma situação jurídica excepcional: a aptidão de um negócio jurídico nulo produzir efeitos.

6 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todos os problemas envolvidos na teoria da simulação - a começar pela impossibilidade de se estabelecer um conceito preciso para o fenômeno - , o tema que parece suscitar menos debates é o da distinção entre a simulação absoluta e a relativa, e que, nesta última, tanto quanto possível, deve prevalecer o ato realmente celebrado entre as partes, desde que observados os pressupostos de licitude, substância e forma.

A simulação resulta das infindáveis maquinações da mente humana associadas a múltiplas expressões formais, o que torna dificultoso estabelecer uma fórmula conceitual que não limite, por si mesma a si mesma, e, por conseguinte, o seu âmbito de aplicação. Assim, não parece adequado encerrar a simulação em um conceito descritivo teórico legislativo. Nesse sentido, mais profícua revela-se a disciplina legal que contemple, ainda que genericamente, as características das manifestações do fenômeno no mundo e os seus efeitos, principalmente em relação às lesões a terceiros e à violação a preceitos legais, situações estas que se revestem de particular relevância jurídica na medida em que configuram simulação fraudulenta ou ilícita.

Segundo a análise geral dos ordenamentos, como alhures foi mencionado, à simulação ora é aplicada a teoria da ineficácia, ora a da nulidade do negócio simulado.

Seja qual for o tratamento adotado pelos distintos ordenamentos, a simulação fraudulenta ou ilícita constitui anomalia grave no âmbito dos negócios jurídicos, independentemente dos conceitos dogmáticos que inspiram cada legislação. É fenômeno que requer cuidadosa atenção por parte dos operadores do direito face à ambivalência inerente à sua própria essência. Ela é, por assim dizer, uma dupla face, significando, para as partes, coisa diversa daquela que aparenta significar ostensivamente e, por conseguinte, os seus efeitos se produzem diversamente nos seus âmbitos interno e externo, no subjetivo e no objetivo.

E, tendo a simulação como habitat natural o âmbito dos contratos, devem ser protegidos, sobretudo, os terceiros de boa-fé que confiam na aparência enganosa, privilegiando-se a tutela da confiança e a segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

BETTI, Emilio. *Lezioni di Diritto Romano: Rischio Contrattuale – Atto Illecito – Negozio Giuridico*, Roma: Edizioni Ricerche, Anno 1958-1959.

BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, vol. I, Rio de Janeiro, [s.d].

Code Civil des Français. Disponível em: «https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070721/». Acesso em 3agosto2021.

Código Civil brasileiro. Disponivel em: «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm». Acesso em 20jan2022.

Código Civil de la Republica de Chile, 10a ed., Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1991.

Código Civil y Comercial Argentino, 1ª ed., Buenos Aires: Infojus, 2014. Disponivel em: «http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf». Acesso em: 27jan2022.

COING, Helmut. *Derecho Privado Europeo: El Siglo XIX*, trad. Antonio Pérez Martín, Tomo II, Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1996.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, 4a ed., São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DISTASO, Nicola. *La simulazione dei Negozi Giuridici*, Torino: UTET, 1960.

FERRARA, Francesco. *A Simulação dos Negócios Jurídicos*, trad. A. Bossa, São Paulo: Saraiva, 1939.

FLUME, Werner. *El negocio jurídico: parte general del derecho civil*, Tomo II, trad. José María Miquel

Gonzáles e Esther Gómez Calle, 4a ed., Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998.

FURGIUELE, Giovanni. *Della Simulazione di Effettti Negoziali*, Padova: CEDAM, 1992.

GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso. *Cuerpo del Derecho Civil Romano,* trad. e comp., Biblioteca Jurídica Virtual, Universidad Nacional Autónoma de México – UNAM.

GUZMÁN BRITO, Alejandro. *La Codificación Civil en Iberoamerica: Siglos XIX y XX*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000.

Las Siete Partidas del Rey Alfonso X El Sabio, Tomo III, 1807*,* Biblioteca de la Universidad de Sevilla. Disponível em: «http://bib.us.es/guiaspormaterias/ayuda_invest/derecho/pixelegisLegislacion.htm». Acesso em: 5abril2003.

MANCUSO, Fulvio. *La Teorica della Simulazione nell'Esperienza dei Glossatori:Da Irnerio ad Accursio e da Graziano a Giovanni Teutonico*, Bologna: Monduzzi, 2004.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*, vol. I, 8a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992.

Ordenaçoens do Senhor Rey D. Affonso V, Livros III e IV, reprod. fac-símile da edição feita na Real Imprensa da Universidade de Coimbra, no ano de 1792, Collecção da Legislação Antiga e Moderna do Reino de Portugal, Parte I da Legislação Antiga, Lisboa, Edição da Fundação Calouste Gulbenkian.

Ordenações Filipinas, Livros III e IV, reprod. fac-símile da edição feita na Real Imprensa da Universidade de Coimbra, no ano de 1797, Collecção da Legislação Antiga e Moderna do Reino de Portugal, Edição da Fundação Calouste Gulbenkian.

Ordenações Manuelinas, Livros III e IV, reprod. fac-símile da edição feita na Real Imprensa da Universidade de Coimbra, no ano de 1797, Collecção da Legislação Antiga e Moderna do Reino de Portugal, Edição da Fundação Calouste Gulbenkian.

Ordenamiento de Leyes de Alcalá de Henares. Madrid: 1847. Disponível em: «https://www.academia.edu/23995089/Ordenamiento_De_Alcala». Acesso em 30jan2022.

PATTI, Salvatore. *Codice Civile Tedesco*, trad. para o italiano, Milano: Giuffrè, 2005.

PUGLIESE, Giovanni. *La Simulazione nei Negozi Giuridici: Studio di Diritto Romano*, Padova: CEDAM, 1938.

SACCO, Rodolfo. *Il Contratto*, Tomo I, 3a ed., Torino: UTET, 2004.

TOMÁS Y VALIENTE. Francisco. *Manual de Historia del Derecho Español*, 4a ed., Madrid: Tecnos, 1983.

ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, Clarendon Paperbacks, 1996.

CAPÍTULO 2

IMAGENS, PERSUASÃO E SOCIEDADE DO CONSUMO: A REGULAÇÃO DA PUBLICIDADE VIA INTERNET

Data de aceite: 04/08/2022

Carla Froener
Doutoranda em Políticas Públicas (Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS), Mestre em Direito (Universidade La Salle), Especialista em Direito Civil e Processo Civil (Instituto de Desenvolvimento Cultural), Bacharel em Direito (Centro Universitário Ritter dos Reis), Advogada e Professora na área de Direito Civil nas Faculdades João Paulo II.

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo analisar a utilização da imagem na publicidade vinculada pela *Internet*, sob a perspectiva da atual sociedade de consumo. Neste contexto, questiona-se se o uso de imagens na publicidade via *Internet* pode influenciar o consumidor em suas escolhas e se o direito brasileiro é capaz de protegê-lo. Como metodologia, foi utilizada a revisão bibliográfica, passando pela literatura nacional e internacional. Ao final, verificou-se que a publicidade desenvolve uma série de técnicas altamente persuasivas, que conquistam seu público oferecendo a tão sonhada felicidade. Também foi possível verificar a existência de mecanismos jurídicos no Direito brasileiro capazes de proteger aqueles que se encontram sujeitos a tal prática. Percebeu-se que o Código de Defesa do Consumidor concentra grande parte destas iniciativas, porém é possível encontrar regulação em outras normas, como em legislação especial, atos administrativos e normas redigidas por conselhos profissionais.

PALAVRAS-CHAVE: Imagens. Publicidade. Sociedade do Consumo. Direito do Consumidor.

ABSTRACT: The aim of this study is to analyze the use of images in Internet advertising from the perspective of contemporary consumer society. In this context, the question is asked whether the use of images in Internet advertising can influence consumers in their decisions and whether Brazilian Law is able to protect them. The methodology used was a bibliographic review of national and international literature. In the end, it was found that advertising develops a series of highly persuasive techniques that conquer their audience by offering the long-desired happiness. It was also found that there are legal mechanisms in Brazilian Law that protect those who are affected by this practice. It was found that the Consumer Protection Law bundles most of these initiatives, but it is also possible to find regulations in other norms, such as specific laws, administrative acts and norms written by professional associations.

KEYWORDS: Images. Advertising. Consumer Society. Consumer Law.

1 | INTRODUÇÃO

O desenvolvimento do sistema capitalista baseado na produção e consumo massificado de produtos e serviços fez surgir a chamada sociedade de consumo. O mercado logo se ocupou de criar a ideia de que o consumo traz felicidade e, aliando-se à publicidade, passou

não apenas a suprir as necessidades existentes, mas a criar novas, gerando o ciclo vicioso de compra, uso e descarte, em um período de tempo cada vez mais curto.

Por outro lado, a publicidade tem um papel muito importante na sociedade, pois é por meio dela que as pessoas terão conhecimento de determinados produtos e serviços. A questão é saber até que ponto o apelo publicitário pode despertar sentimentos e influenciar comportamentos de consumo de maneira manipuladora e persuasiva.

Nessa linha, desenvolve-se o presente artigo, que possui como tema o estudo da utilização da imagem na publicidade vinculada pela *Interne*t, sob a perspectiva da sociedade de consumo. Busca-se questionar se o uso de imagens na publicidade via *Internet* pode influenciar o consumidor em suas escolhas e se o direito brasileiro é capaz de protegê-lo.

O desenvolvimento do artigo está estruturado em três partes. Na primeira seção, serão abordadas questões sobre a sociedade de consumo e os avanços da *Internet*, procurando desvendar o papel do consumo na sociedade contemporânea e o quanto a rede mundial de computadores está enraizada nesta estrutura consumerista. Na segunda parte, será estudada a publicidade como meio de persuasão e a função que cabe à imagem desempenhar. O propósito será estabelecer de que maneira o uso da imagem no meio publicitário pode afetar as escolhas do consumidor. Já na terceira seção, será feita uma análise sobre a regulamentação da publicidade, em especial quando utiliza imagens, tendo como propósito verificar se o direito brasileiro oferece condições de proteger o consumidor. Ao final, serão apresentadas as conclusões desta pesquisa.

2 I INTERNET E SOCIEDADE DE CONSUMO

Um aspecto fundamental da sociedade contemporânea é a sua inserção em um sistema capitalista voltado para o consumo exacerbado e sem limites. Há tempos que a economia deixou de suprir apenas as carências básicas humanas e passou a fabricar, de maneira ininterrupta, pseudonecessidades vendidas com o objetivo de manter o sistema econômico dominante (DEBORD, 1997, p. 34). O próprio mercado cria os desejos do consumo, recorrendo a incontáveis artimanhas para implantar necessidades ilusórias nas mentes dos consumidores, que logo serão descartadas para darem lugar a novas aspirações (CATALAN, 2013, p. 128). Desse modo, ao mesmo tempo em que as empresas suprem as necessidades já existentes, criam a consciência de novas, que irão gerar maior consumo e lucros superiores (RIOS, 2015, p. 8).

Aliada a esta lógica, surge a obsolescência programada, que envolve técnicas que fomentam o consumo. Uma delas é a mudança frequente de *design*, muitas vezes de fundo meramente estético e sem qualquer funcionalidade, servindo apenas para ressaltar o caráter de novidade. A exemplo disto, temos as montadoras de automóveis, que todos os anos lançam novos modelos e pequenas mudanças são justificativas para a empresa

cobrar um valor bem superior pelo produto (FERREIRA, 2018).

Outra técnica, associada à obsolescência programada diz respeito a diminuir a vida útil do produto com objetivo de que um outro seja adquirido em pouco tempo. Como o que ocorre em relação aos produtos eletrônicos, especialmente aqueles conectados a *Internet*, como computadores e celulares, cujas atualizações periódicas frequentes de *software* acabam por deixar o funcionamento do produto mais lento e impulsionar a troca. Situação muito diferente da que ocorria com as geladeiras da década de 70, que eram dadas de presente de casamento e durava uma vida toda (FERREIRA, 2018).

Assim, verifica-se a dependência que o capitalismo possui do consumismo (BARBER, 2009, p. 48). Os objetos não nascem para serem eternos, mas para serem substituídos por uma nova geração de objetos, com uma vida útil cada vez mais curta (BAUDRILLARD, 2011, p. 158). Os produtos deixam de ser classificados de acordo com o seu valor de uso ou de sua possível duração, pois o que passa a importar é a sua deterioração e obsolescência, para ser substituído por outros e manter em movimento o sistema capitalista. O mercado que promoveu o produto é o mesmo que procura desvalorizá-lo, a fim de que o interesse de consumir seja renovado constantemente, sem qualquer resistência ao que é oferecido (BAUMAN, 2008, p. 64; ADORNO; HORKHEIMER, 2002, p. 106).

A felicidade é prometida por meio do consumo, o qual vende a ideia de que todos são iguais e capazes de consumir os mesmos produtos e serviços, independentemente da classe ou condição social (BAUDRILLARD, 2011, p. 63-69). Entretanto, como dizer que todos consomem da mesma forma, se o acesso ao consumo é dado pelo dinheiro, e o dinheiro é distribuído de maneira desigual?

Debord (1997, p. 23), afirma que o "espetáculo reúne o separado", já que todos são consumidores, mas "reúne como separado", haja vista que o acesso aos bens de consumo é desigual e permanecem as diferenças de classe. A verdade é que as "necessidades de consumir" são muito superiores à capacidade econômica da maioria da população. Ao mesmo tempo, as leis do mercado são elevadas à categoria de preceitos da vida e o cidadão é moldado a desempenhar o papel de consumidor (BAUMAN, 1998; 2008, p. 82). Assim, os gastos exagerados e o consumo do supérfluo tornam-se uma forma de diferenciação das classes dominantes, com o objetivo de reafirmar a sua posição social (PORTER, 2011, p. 25-26).

A classe menos favorecida tenta consumir e reproduzir o estilo de vida dos ricos e das celebridades em uma tentativa de capturar a sensação efêmera de felicidade. O acesso aos produtos pelas camadas mais numerosas faz com que os ricos produzam novos signos de consumo e mais caros para se distanciarem das demais classes, criando um ciclo vicioso. Na maioria das vezes, tais signos não correspondem ao valor intrínseco ligado ao bem e ao serviço, mas sim ao seu preço artificialmente elevado pelo mercado e que concede "status" a quem o consome (PORTER, 2011, p. 23). Apesar de todos os seres

humanos serem considerados como consumidores em potencial (independente de idade, gênero e classe social), a lógica do consumo é socialmente excludente para aqueles que não possuem recursos para consumir (BAUMAN, 2008, p. 88).

As novas tecnologias da comunicação vieram ao encontro dos interesses da sociedade de consumo. A *Internet* se tornou a base tecnológica da forma organizativa da sociedade contemporânea, disposta em rede. Converteu-se em um poderoso mecanismo para difundir informações em todos os âmbitos da atividade humana, criando conexões (flexíveis e adaptáveis) antes inimagináveis, que ultrapassam as noções tradicionais de espaço e tempo. Criou-se o "mundo virtual" em oposição ao "mundo real" (LIMEIRA, 2016, p. 288).

Atualmente, as principais atividades econômicas, sociais, políticas e culturais de todo o mundo estão sendo estruturadas pelo meio da *Internet* (CASTELLS, 2001, p. 15-16). Pode-se dizer que a comunicação adquiriu novos aspectos, já que ela não ocorre mais da forma tradicional "de um para muitos", mas sim "de muitos para muitos", na medida em que os internautas podem se comunicar com inúmeras pessoas ao mesmo tempo. Assim, é na interatividade que se fixa a grande diferença entre a publicidade via *Interne*t e a que se produz em rádio, televisão e revistas (LIMEIRA, 2016, p. 288; 294).

No aspecto econômico, intrinsecamente ligado às questões de consumo, a *Internet* promove uma verdadeira revolução. Observa-se não apenas a criação de uma emergente indústria da informática, mas o surgimento de uma nova economia dentro dos antigos setores, visto que a *Internet* passa a ser utilizada amplamente pelas empresas em seus setores de atuação (CASTELLS, 2001, p. 19).

Outro aspecto interessante desenvolvido com a *Internet* é o chamado processo de convergência midiática, o qual decorre da evolução das tecnologias da informação e comunicação, permitindo que se concentre diversas funções em um único dispositivo, como aparelho de televisão, computador, tablet e telefone celular (LIMEIRA, 2016, p. 294-295). Logo, a *Internet* tornou-se o epicentro do mercado, do consumo (LEVY, 2001, p. 55) e, colateralmente, das relações humanas decorrentes.

Com o aumento do número de acesso à rede mundial de computadores nos últimos anos, a rápida inserção de diversas atividades econômicas nesta dinâmica e a sublimação e digitalização do dinheiro a partir da expansão desenfreada do crédito, houve a emergência do chamado comércio eletrônico. Cláudia Lima Marques (2004, p. 38) define o comércio eletrônico (*e-business* ou *e-commerce*) como uma "contratação não presencial ou à distância para a aquisição de produtos e serviços através de meio eletrônico ou via eletrônica".

Tal processo tecnológico e social acaba por redundar no fenômeno jurídico, haja vista que a velocidade, a liberdade e a globalidade das comunicações (econômicas e

comerciais) pela via da *Internet* tem o potencial de ampliar a vulnerabilidade do consumidor (JAYME, 2003, p. 86). Esta figura acaba indefesa frente à explosão de estímulos de diferentes origens acessíveis a um *click* de distância. Aproveitando-se disso e utilizando a *Internet* como meio publicitário, as empresas exploram o uso de imagens e frases com o objetivo claro de persuadir os clientes a consumirem a tão sonhada e pretensa fórmula para a felicidade: o produto ou serviço que elas oferecem.

3 | PUBLICIDADE E SUAS TÉCNICAS

O termo publicidade advém do latim *publicus*, que significa tornar público, vulgarizar, divulgar (MARQUES, 2005, p. 802). De modo geral, a publicidade pode ser conceituada como uma forma paga de comunicação persuasiva que utiliza a mídia interativa para atingir audiências amplas com objetivo de conectar fornecedores e consumidores, providenciar informações sobre seus produtos e interpretar suas características de acordo com o desejo e a necessidade destes consumidores. É possível associar a publicidade a três objetivos: identificar o produto e onde ele pode ser comprado; prover informações sobre o produto à venda; e persuadir os possíveis consumidores a adquiri-lo (MORIARTY; MITCHELL; WELLS, 2012, p. 07).

Antes de adentrar no tema, convém realizar uma distinção entre publicidade e propaganda, tendo em vista que muitas vezes são utilizadas como sinônimos pela literatura e legislação. Enquanto a publicidade possui como objetivo divulgar e valorizar produtos e serviços, a propaganda é destinada "à comunicação de valores e ideologias, com objetivo de captar adesão, desenvolver atitudes e fomentar comportamentos", o que geralmente é feito pelos Estados e outros corpos políticos com objetivo de mobilização da população por uma causa (RASQUILHA, 2009, p. 36).

Originalmente, a publicidade possuía um caráter informativo. Entretanto, ao longo do século XX, passou a ser utilizada como um instrumento de persuasão, principalmente durante as experiências da Primeira Guerra Mundial, que a utilizou maciçamente como forma de mobilizar a população (FREITAS; RUÃO, 2011, p. 348). A partir de então, a sociedade passou a experimentar uma absorção de todos os modos de expressão, cultura e linguagem pela publicidade (BAUDRILLARD, 1991, p. 113). O que significa dizer que a publicidade adquiriu um caráter totalitário, pois nenhum espaço escapa dos anúncios publicitários. Qualquer produto ou serviço pode ser ofertado por via da publicidade: marcas, símbolos, imagens e significados dispostos em lugares estratégicos e aos olhos de públicos específicos (SANTOS, 2011, p. 109-110).

Sob os desígnios do capital e por meio da publicidade, atualmente, as empresas são capazes de identificar o que inspira, assusta, acalma e seduz os consumidores, o que alivia a culpa, torna-os mais confiantes, amados, seguros, nostálgicos e espiritualmente

realizados. Para isso, buscam inescrupulosamente dominar técnicas para "camuflar a verdade, dominar mentes e convencer a comprar" (LINDSTROM, 2012, p. 23).

Para que a publicidade seja capaz de atingir os seus fins na contemporaneidade, é necessário que tenha uma alta capacidade de persuasão para estimular o consumidor a comprar determinado produto. De acordo com Carvalho (2003, p. 9-10), "como não tem capacidade de ordenar, o emissor [da publicidade] utiliza a manipulação disfarçada: para convencer e seduzir o receptor". Para valer-se da persuasão, os meios de produção recolhem e instrumentalizam um conjunto de técnicas, regras e procedimentos de diferentes campos, seja de origem psicológica, psicossocial, sociológica, linguístico ou semântica (GOMES, 2008, p. 36).

Durandir (1997, p. 25) é bastante enfático ao afirmar que o uso da mentira é um artifício recorrente na publicidade, já que sua finalidade última é influenciar o comportamento do consumidor a qualquer custo e de acordo com os propósitos do sistema capitalista, e não simplesmente transmitir informações fidedignas. A desinformação é uma estratégia amplamente realizada pelos fornecedores (PORTER, 2011, p. 25-26). Observa-se que a publicidade concentra seus esforços em conceder caráter de "verosimilhança" a proposições muitas vezes falsas, com mensagens (texto, imagens e sons) facilmente manipuláveis (LIPOVETSKY, 2009, p. 216).

Por outro lado, a publicidade opera na lógica de que as pessoas são incapazes de compreenderem a si mesmas sozinhas, devendo o discurso publicitário desvelar, em um sentido "maternal", o que elas querem (BAUDRILLARD, 1991, p. 227-228). Em outras palavras, a publicidade é capaz de convencer "os sujeitos de que ela os conhece mais do que eles conhecem a si próprios" (SCHUCHOVSKI; PONCIO; SANTOS, 2012, p. 81).

Baudrillard (1973, p. 179-181) entende que um dos principais mecanismos da publicidade é a capacidade de mostrar que o fornecedor está disposto a dar atenção aos anseios do receptor da mensagem. Demonstra que o objeto oferecido não é qualquer objeto, mas justamente aquilo que o consumidor precisa, adaptado às suas necessidades personalíssimas, como um objeto personalizado. Em sentindo complementar, MacCracken (2007, p. 102) observa os objetos de consumo contemporâneos como sendo uma oportunidade de "dar matéria à cultura", permitindo que os indivíduos discriminem visualmente entre categorias culturalmente especificadas, codificando estas categorias sob a forma de um conjunto de distinções materiais. Logo, sua representação tem como finalidade produzir uma identificação automática entre o sujeito-objeto, de tal modo que as duas figuras acabam por misturarem-se.

Conforme visto, no contexto da sociedade de consumo, os objetos não são ligados apenas ao seu valor intrínseco (material ou imaterial), mas aos símbolos que correspondem. Assim, a forma e a ordem de disposição de um conjunto de objetos em uma imagem ou ambiente constituem uma significação própria, elaborada para induzir e

impulsionar o consumidor a comprar (BAUDRILLARD, 1973, p. 70). Isto significa que, ao adquirir certo objeto, o consumidor não está adquirindo o objeto em si, mas o conjunto de signos que estão por trás desse produto (BAUDRILLARD, 2011, p. 15-16; 159-160), como a chuteira usada por determinada estrela do futebol ou os produtos oferecidos por uma influenciadora digital. Neste cenário, o que mais importa é como os objetos são apresentados ao consumidor, ou seja, o aspecto eminentemente visual que representam, comprovando, assim, a importância que a imagem produz para a publicidade.

Os poderosos efeitos da publicidade sob o comportamento humano já foram comprovados por pesquisas médicas, quando se descobriu a existência de regiões do cérebro que compelem o corpo humano a imitar, involuntariamente, a forma com que os outros agem. Isto acontece não só em situações cotidianas, como em um bocejo, mas por influência da publicidade, que estimula a imitação dos comportamentos de consumo alheio. Assim, aquilo que é visto repetitivamente, ainda que não cause um interesse imediato, pode se tornar desejável. Esta técnica pode ser constatada no uso de vitrines, repletas de manequins vestindo o produto a ser vendido, com o objetivo de que os transeuntes consigam se imaginar facilmente com as mesmas roupas e entrem na loja para comprar o produto, muitas vezes de maneira impulsiva (LINDSTROM, 2009, p. 55; 59).

Analisando especificamente as imagens na publicidade via *Internet*, esta situação fica ainda mais clara, pois se verifica diversos exemplos que retratam esta realidade. Grande parte dos *sites* de clínicas de fertilização utilizam imagens de famílias felizes com seus bebês, transmitindo a ideia de realização pessoal, de concretização da felicidade e de que o ser humano só será completo com filhos. Assim, ao apresentarem pessoas alegres (o sorriso dos adultos e das crianças é sempre evidenciado), em momentos de descontração e divertimento, os fornecedores pretendem que os receptores das imagens se projetem para a situação vista, imaginando como poderiam ser felizes se contratassem o serviço de fertilização.

Tal prática também é comum em países do exterior, como nos EUA. Hawkins (2013, p. 1.115) afirma que a estratégia dos *sites* de clínicas norte-americanas de reprodução assistida de utilizar bebês em cenas de felicidade objetiva que os consumidores esqueçam os altos custos financeiros envolvidos nos serviços oferecidos e concentrem-se em um desejo cujo valor é imensurável para eles: o de ter um filho em seus braços.

Em muitos casos, até fotografias de bebês gerados com a ajuda da clínica são expostas nos *sites*, como forma de comprovar o sucesso do tratamento. Ressalta-se que, neste caso, são pessoas que não conseguiram gerar filhos naturalmente e precisam de ajuda médica. De modo geral, já estão abalados emocionalmente por uma trajetória de tentativas infrutíferas de reprodução e o efeito de ver imagens de homens e mulheres felizes com um bebê nos braços pode ser o impulso necessário para contratar o referido serviço, independentemente do alto custo que será despendido.

Este mesmo apelo publicitário nas imagens também ocorre nos *sites* de agências de turismo. É muito comum retratarem as paisagens belíssimas que compõem o roteiro, sempre escolhendo os melhores ângulos do local, mesmo que aquilo não corresponda afetivamente ao que se vai encontrar. Independentemente da estação do ano que se pretenda viajar, as imagens são sempre as mais encantadoras: se forem praias, as águas serão transparentes e de um maravilhoso azul esverdeado; se for um local com gelo, o céu será iluminado e a fotografia embelezada por um lindo sol em contraste com o branco; se for um centro histórico, as ruas serão limpas e a arquitetura bem conservada. Ainda é comum a presença de imagens com pessoas transmitindo a ideia de alegria e satisfação com o destino turístico escolhido. Tudo para que o consumidor se transfira para a situação vivenciada e retratada na publicidade, podendo imaginar-se naquele mesmo cenário, tendo aquela mesma experiência.

Aqui se manifesta a teoria que Baudrillard (1973, p. 21-30) denominou "sistema de objetos", segundo a qual os objetos não existem sozinhos, mas em sintonia com o ambiente em que estão inseridos e com a função que lhes cabe desempenhar. Vende-se não apenas o objeto em si, mas aquilo que ele representa, a experiência que proporciona e a relação que se estabelece entre o sujeito-objeto. A publicidade constrói uma "cena", em que geralmente há a representação de interação entre o indivíduo e o objeto, dentro de um "ambiente" adequado que potencializa as suas funções e qualidades.

No caso das clínicas de fertilização, por exemplo, autores da publicidade não apenas colocam uma criança solitária, mas a registram de maneira sorridente, interagindo com os pais e capaz de trazer alegria ao cenário familiar que a cerca. As agências de turismo, do mesmo modo, retratam paisagens agradáveis, com natureza preservada, dias ensolarados ou algo que remeta para o sentimento de liberdade, alegria e satisfação pessoal.

Dessa forma, os discursos publicitários aproveitam-se das características da sociedade contemporânea, dominada pelos excessos e marcada pela superficialidade, criando estímulos em favor do consumismo em troca de promessas de felicidade: "as diversas peças publicitárias asseguram que nosso dever é ser feliz, e a felicidade requer consumo" (SANTOS; MEDEIROS, 2011, p. 109).

Esta vontade, contudo, é na realidade um simulacro, pois a partir das poderosas técnicas de persuasão pode-se questionar até que ponto ela permanece imaculada, já que a publicidade desempenha um papel em cada etapa do processo de decisão de compra e consumo. Nas fases anteriores à decisão de compra, quando o consumidor ainda está avaliando suas necessidades e alternativas, a publicidade visa chamar a atenção para o produto e criar expectativas e estímulos favoráveis. No momento após a compra e durante o consumo do produto ou serviço, o objetivo é reforçar a percepção da qualidade da experiência e eliminar eventuais inseguranças e dúvidas acerca das vantagens de ter adquirido o produto ou serviço. Por fim, na última fase, após o uso ou consumo, a

publicidade procura reforçar a recordação positiva da experiência para que ela se repita no futuro (LIMEIRA, 2016, p. 260-261).

Baudrillard (1991, p. 113) situa a mensagem publicitária em um limbo entre sedução e consensualidade: enquanto se anuncia que nunca houve tanta liberdade, os indivíduos nunca estiveram tão presos aos desígnios do capital. O sistema capitalista que governa a sociedade industrial desenvolvida determina não apenas as oscilações, habilidades e atitudes sociais, mas também as necessidades e aspirações individuais (MARCUSE, 1973, p. 18), que focam sempre na mesma ordem: “consumir”.

4 | IMAGEM PUBLICITÁRIA E SUA REGULAÇÃO NO BRASIL

Inicialmente, a publicidade capaz de manipular ou persuadir o consumidor era considerada pelo Direito como uma conduta insignificante, relacionada à astúcia natural do comerciante. Entretanto, na medida em que foram sendo percebidos os possíveis malefícios advindos de tais práticas, especialmente após a massificação dos contratos e dos meios de comunicação, avançaram as iniciativas de regulação (PASQUALOTTO, 1997, p. 69-70).

No Brasil, atualmente, é possível encontrar algumas normas constitucionais sobre o tema. Na Constituição Federal, capítulo sobre a Comunicação Social, está previsto que caberá a lei federal estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem da publicidade[1] de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente (art. 220, § 3º, II, da CF). Ainda na Constituição, artigo 220, § 4º, há uma referência direta à necessidade de restrição da publicidade de certos bens e serviços de consumo, como medicamentos e técnicas médicas, tabaco, bebidas alcoólicas e agrotóxicos, que deverão advertir sobre os malefícios de seu uso (BRASIL, 1988).

As iniciativas jurídicas brasileiras concentram-se especialmente no Código de Defesa do Consumidor, Lei Federal nº 8.078/1990 (BRASIL, 1990), porém não se esgotam neste instrumento, encontrando-se regulamentação da publicidade em legislação especial, atos administrativos, normas que dispõe sobre a conduta ética de certas profissões e do próprio meio publicitário. A título exemplificativo, são alguns casos da legislação especial: Lei Federal nº 5.081/66 proíbe aos dentistas o anúncio de cura de doença que não tenha tratamento eficaz; Lei Federal nº 5.768/71 estabelece regras sobre os aspectos publicitários da distribuição gratuita de brindes com finalidade comercial; Lei Federal nº 6.360/76 dispõe sobre a vigilância sanitária e apresenta dispositivos específicos sobre a publicidade de medicamentos; Lei Federal nº 6.348/79, disciplina a impressão de sinais de propaganda em garrafas; Lei Federal nº 7.802/89, dispõe sobre agrotóxicos e sua propaganda comercial;

1. Os redatores da Constituição Federal utilizaram, diversas vezes, o termo “propaganda” quando se referem à “publicidade”.

Lei Federal nº 9.294/1996 regulamenta o artigo 220, § 4º da CF e restringe a publicidade de cigarro, bebidas alcoólicas, medicamentos e defensivos agrícolas.

Quanto aos atos administrativos, pode-se mencionar a Resolução nº 24/2010 da ANVISA, que dispõe sobre a publicidade de alimentos considerados com quantidades elevadas de açúcar, de gordura saturada, de gordura trans, de sódio e de bebidas com baixo teor nutricional.

Por fim, quanto às normas que tratam sobre a conduta ética de certas profissões, é possível citar a advocacia, quando disciplina a publicidade de serviços advocatícios, o Estatuto da Advocacia (Lei Federal nº 8.906/1994), o Código de Ética e Disciplina da OAB e o Provimento nº 94/2000 do Conselho Federal, ou a medicina, com suas normas sobre a publicidade de serviços médicos no Código de Ética Médica (Resolução nº 1.931/2009) e na Resolução nº 1.974/2011.

O Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) reserva alguns dispositivos para regular os efeitos da publicidade nas relações de consumo. Juridicamente, a publicidade equipara-se à oferta, vinculando o fornecedor quanto às informações divulgadas e integrando o contrato caso seja celebrado (art. 30, 31 e 35 do CDC). Deve se pautar nos princípios básicos que guiam as relações de consumo, especialmente a boa-fé objetiva (art. 4º, III do CDC), segundo a qual as partes envolvidas devem agir com honestidade, lealdade e probidade, ainda que no âmbito pré-contratual ou extracontratual, situação em que se enquadra a publicidade (MARQUES, 2005, p. 757; 804).

No que tange especificamente ao comércio eletrônico e à publicidade desenvolvida nesta modalidade é preciso ter uma cautela ainda maior, pois as práticas de comércio revestem-se de grande originalidade. São locais “onde o paradigma da conduta de boa-fé perante o contratante vulnerável nem sempre prevalece” (MARQUES, 2004, p. 43).

Um dever importante decorrente do princípio da boa-fé objetiva é o dever de informar e ser transparente nas relações de consumo (MIRAGEM, 2012, p. 167). O chamado princípio da transparência teve uma das suas primeiras manifestações em 1985, na Resolução nº 30/248 da Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU) que estabeleceu ser necessária a promoção do acesso à informação pelos consumidores (LOBO, 2001, p. 59). O referido princípio impõe a informação adequada e clara sobre os produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem (art. 6º, III, do CDC). Nas palavras de Cláudia Lima Marques (2005, p. 594), “transparência significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo”.

A ausência de certos requisitos ocasiona o descumprimento do dever de

informar. A “adequação” estabelece que os meios de informação empregados devem ser compatíveis com o produto e o consumidor destinatário, utilizando-se signos “claros e precisos, estimulantes do conhecimento e da compreensão”. A “suficiência” diz respeito à “completude e integralidade” da informação. Antes do Código de Defesa do Consumidor era comum a omissão, precariedade e lacuna, quase intencionais, referente a dados e elementos negativos do produto ou serviço ofertado. Por fim, a “veracidade” exige que as informações utilizadas sejam verdadeiras. Por ser parte de um direito básico do consumidor, é imperativo que a publicidade (seja ela eletrônica ou não) cumpra na integralidade o princípio da transparência (LOBO, 2001, p. 60).

O diploma legal dispõe da proibição de certas mensagens publicitárias que possam afetar negativamente o consumidor. O artigo 36, *caput*, do CDC (BRASIL, 1990) estabelece que a publicidade “deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”. Trata-se do princípio da identificação da publicidade, também decorrente da necessidade de transparência nas relações de consumo. É, pois, uma proibição expressa às publicidades “dissimuladas”, “clandestinas” e “subliminares” (PASQUALOTTO, 1997, p. 83; 86-87). Esta proibição possui como finalidade tornar consciente o consumidor, comprador em potencial, de que ele é destinatário de uma mensagem publicitária, ou seja, patrocinada por um fornecedor com o intuito de promover a compra de seu produto (MARQUES, 2005, p. 785-786).

De acordo com o entendimento de Cláudia Lima Marques (2005, p. 786), especialmente em relação à publicidade clandestina, não há violação do dispositivo quando a produção artística é acompanhada de legenda esclarecendo que os produtos e serviços exibidos não foram citados por um simples acaso, mas que se trata de uma mensagem publicitária. Por fim, o artigo 36, parágrafo único, do CDC (BRASIL, 1990) preocupa-se com a veracidade das informações divulgadas, ao dispor que o “fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem”. Este dispositivo é conhecido como princípio da veracidade da publicidade, também decorrente da relação de transparência (PASQUALOTTO, 1997, p. 92).

Há, ainda, a vedação expressa de práticas consideradas como “publicidade enganosa” e “abusiva”, classificada como um direito básico do consumidor (art. 6º, IV, do CDC). Pelo conceito legal, enquadra-se como publicidade enganosa toda aquela que “divulga o que não corresponde ao produto ou serviço” (LOBO, 2001, p. 68), que for falsa (inteira ou parcialmente) ou capaz de induzir em erro o consumidor (MARQUES, 2005, p. 804) a respeito “da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço, ou quaisquer outros dados sobre produtos e serviços” (art. 37, § 1º, do CDC). A publicidade abusiva é “publicidade antiética, que fere a vulnerabilidade do consumidor e valores sociais básicos” (MARQUES, 2005, p. 808), que “discrimina pessoas e grupos

sociais ou agride outros valores morais" (LOBO, 2001, p. 68). Na legislação, enquadra-se aquela que explora a violência, o medo, a superstição; aproveita da inexperiência do consumidor-criança; desrespeita valores ambientais; ou é capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança (art. 37, § 2º, do CDC).

Os fornecedores que violarem as disposições do Código de Defesa do Consumidor sobre a publicidade estão sujeitos a uma série de sanções, que incluem a esfera administrativa, cível e criminal. De acordo com o artigo 18 do Decreto nº 2.181/97 que regulamenta o Código de Defesa do Consumidor, são consideradas como sanções administrativas aplicadas por órgãos de defesa do consumidor: multa; apreensão do produto; inutilização do produto; cassação do registro do produto junto ao órgão competente; proibição de fabricação do produto; suspensão de fornecimento de produtos ou serviços; suspensão temporária de atividade; revogação de concessão ou permissão de uso; cassação de licença do estabelecimento ou de atividade; interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade; intervenção administrativa; imposição de contrapropaganda (BRASIL, 1997).

Na esfera cível, cabe pretensão indenizatória às vítimas ou aos legitimados à tutela coletiva quando presente danos materiais ou morais causados pela publicidade ilícita, com base nas disposições gerais do Código Civil, previstas nos artigos 186 e 187. A sanção criminal, por sua vez, também encontra respaldo no Código de Defesa do Consumidor, com penas específicas: os crimes de "fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços" (art. 66); "fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber que é enganosa" (art. 67); "fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança" (art. 68); "deixar de organizar dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade" (art. 69) (MARQUES, 2005, p. 760-761; MIRAGEM, 2012, p. 218).

Para além do direito legislado, é possível encontrar normas sobre a publicidade por instituições que exercem a função de zelar pela conduta ética de certos segmentos profissionais. Relacionado à publicidade médica, utilizando como base o exemplo da seção anterior das clínicas de fertilização, coube ao Conselho Federal de Medicina (CFM) emitir resoluções que disciplinassem e orientassem a forma de anunciar seus serviços. O Código de Ética Médica, atualmente em vigor pela Resolução nº 2.217/2018, procura afastar-se da ideia economicista ao definir que a publicidade médica em qualquer meio de comunicação em massa deve ter caráter "exclusivamente de esclarecimento e educação da sociedade", proibindo a divulgação de assunto médico de forma "sensacionalista, promocional ou de conteúdo inverídico", conforme seus artigos 111 e 112, respectivamente (CFM, 2021).

Além das disposições gerais do código de ética, o CFM possui normativa direcionada especificadamente à publicidade de serviços médicos (Resolução nº 1.974/2011), que estabelece os critérios norteadores de publicidade na medicina, conceituando os anúncios, a divulgação de assuntos médicos, o sensacionalismo, a autopromoção e as proibições referentes à matéria. De acordo com o texto da resolução, é vedado ao médico expor a figura de seu paciente como forma de divulgar a técnica, método ou resultado do tratamento, ainda que com sua autorização expressa (art. 3º, "g"). O médico deve evitar o uso de representações visuais e informações de forma abusiva, enganosa ou sedutora que possam induzir a promessas de resultados (art. 9º, § 2º, "f"). A referida norma ainda veda a publicação em *sites* e outras manifestações de mídia social de imagens que caracterizem sensacionalismo e autopromoção (art. 13, § 2º) (CFM, 2011).

Como pode ser observado, o sistema jurídico brasileiro prevê uma série de dispositivos que versam sobre a limitação da publicidade, apresentados de maneira fragmentária. Em uma sociedade voltada para o consumo massificado e sem limites, a publicidade é parte da linguagem da *Internet*, que utiliza imagens, ícones, gráficos, cores, sons e textos, de maneira estática ou interativa (MARQUES, 2004, p. 44; 83). As antigas técnicas de manipulação e persuasão para compelir o consumo de produtos e serviços são reeditadas a partir da virtualização da publicidade e do uso da imagem para o fim publicitário, o que inclui a exploração de todos os signos disponíveis simultaneamente e de maneira interativa.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade atual, voltada para o consumo e capaz de explorar todo tipo de vontade humana de maneira a gerar lucro, fez com que a economia dominasse a vida humana. O capitalismo contemporâneo não possui como finalidade suprir as necessidades básicas, mas criar pseudonecessidades a serem consumidas, para manter em movimento as engrenagens deste sistema econômico.

Neste contexto, a publicidade *online* é um importante veículo de apresentação de produtos e serviços. Conclui-se que tal prática comercial desenvolve uma série de técnicas altamente persuasivas, que envolvem a manipulação de linguagem escrita e visual. A publicidade conquista seu público oferecendo, por meio de uma encenação, o objeto totalmente moldado às expectativas do consumidor e capaz de trazer a tão esperada felicidade. Os exemplos citados dos *sites* de clínicas de fertilização e de agências de turismo elucidam muito bem este fato. Por meio de imagens (muito bem escolhidas para aquela determinada situação), as empresas conseguem transmitir a ideia de realização pessoal, concretização de sonhos e felicidade plena. Criam ilusões que irão persuadir e atrair novos consumidores.

No que se refere à regulação da publicidade, verificou-se que a Constituição Federal apresenta dispositivos que a restringe no caso de bens e serviços que possam causar malefícios à saúde. A Carta Constitucional também determina a competência à lei federal para estabelecer os meios legais que garantam a possibilidade de defesa contra a publicidade de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, reserva diversos dispositivos para regular os efeitos da publicidade nas relações de consumo, possuindo instrumentos importantes para coibir a sua má utilização. Apesar de as iniciativas jurídicas brasileiras sobre publicidade concentrarem-se especialmente no Código Consumerista, pode-se encontrar regulação em outras normas, como em legislação especial, atos administrativos e normas redigidas por conselhos profissionais que dispõe sobre a conduta ética de suas atividades.

Sendo assim, conclui-se pela comprovação da existência de mecanismos jurídicos no Direito brasileiro capazes de proteger aqueles que se encontram sujeitos à publicidade via *Internet.* Verificou-se, ainda, que o meio publicitário utiliza imagens com o objetivo claro de despertar sentimentos e sugerir comportamentos de consumo, de maneira altamente persuasiva, já que exploram, com maestria, as possíveis percepções de felicidade.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. *Dialetic of Enlightenment:* Philosophical Fragments. Stanford: Stanford University Press, 2002.

BARBER, Benjamin R. *Consumido:* como o mercado corrompe crianças, infantiliza adultos e engole cidadãos. Trad. Bruno Casotti. Rio de Janeiro: Record, 2009.

BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2011.

BAUDRILLARD, Jean. *Simulacro e simulações.* Trad. Maria João da Costa Pereira. Lisboa: Relógio D´Água, 1991.

BAUDRILLARD, Jean. *O sistema dos objetos.* Trad. Zulmira Ribero Tavares. São Paulo: Perspectiva, 1973.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo:* a transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Jorge. Zahar, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. *Decreto nº 2.181*, de 20 de março de 1997. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2181.htm>. Acesso em: 20 out. 2021.

BRASIL. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 11 out. 2021.

CARVALHO, Nelly. *Publicidade: a linguagem da sedução.* São Paulo: Editora Ática, 2003.

CATALAN, Marcos. O crédito consignado no Brasil: decifra-me ou te devoro. *Revista de Direito do Consumidor,* v. 87, p. 125-148, 2013.

CASTELLS, Manuel. *La galaxia Internet*. Barcelona: Areté, 2001.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 2.217.* Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.flip3d.com.br/pub/cfm/index6/?numero=24&edicao=4631#page/45> Acesso em: 20 out. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 1.974.* Brasília, 2011. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2011/1974> Acesso em: 20 out. 2021.

DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo.* Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DURANDIN, Guy. *As mentiras na propaganda e na publicidade.* São Paulo: JSN Editora, 1997.

FERREIRA, Carla Froener. Obsolescência Programada: Planejando a morte de um produto. Empório do Direito, Florianópolis, 02 fev. 2018.

FREITAS, Renata Suely de; RUÃO, Teresa. As funções assumidas pela publicidade na sociedade da informação. PEREIRA, Sandra (Org.). *Congresso Nacional Literacia, Media e Cidadania.* Braga: Universidade do Minho, p. 347-355, 2011.

GOMES, Neusa Demartini. *Publicidade:* comunicação persuasiva. Porto Alegre: Sulina, 2008.

HAWKINS, Jim. Selling ART: An Empirical Assessment of Advertising on Fertility Clinics´ Websites. *Indiana Law Journal*, Bloomington, v. 8, n. 4, p. 1147-1179, 2013.

JAYME, Erik. O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul,* Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 85-07, mar. 2003.

LEVY, Pierre. *Filosofia world:* o mercado, o ciberespaço, a consciência. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

LIMEIRA, Tânia Maria Vidigal. Comportamento do consumidor brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2016.

LINDSTROM, Martin. *A lógica do consumo*: verdades e mentiras sobre por que compramos. Trad. Marcello Lino. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.

LINDSTROM, Martin. *Brandwashed o lado oculto do marketing:* controlamos o que compramos ou são as empresas que escolhem por nós? Trad. Rosemarie Ziegelmaier. São Paulo: HSM Editora, 2012.

LIPOVETSKY, Gilles. *O império do efêmero:* a moda e seu destino nas sociedades modernas. Trad. Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LOBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 37, p. 59-76, São Paulo, RT, jan./ mar. 2001.

MACCRACKEN, Grant. Cultura e consumo: uma explicação teórica da estrutura e do movimento do significado cultural dos bens de consumo. *Revista de Administração de Empresas*, São Paulo, v. 47, n. 1, p. 99-115, jan./mar. 2007.

MARCUSE, Herbert. *A ideologia da sociedade industrial*. Trad. Giasone Rebuá. 4 ed. Zahar Editores, 1973.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor:* o novo regime das relações contratuais. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MORIARTY, Sandra; MITCHELL, Nancy; WELLS, William. *Advertising & IMC:* Principles & Practice. 9 ed. New Jersey: Prentice Hall, 2012.

PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no código de defesa do consumidor.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PORTER, Eduardo. *O preço de todas as coisas: por que pagamos o que pagamos.* Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011.

RASQUILHA, Luis. *Publicidade:* fundamentos, estratégias, processos criativos, planeamento de meios e outras técnicas de comunicação. Lisboa: Gestão Plus, 2009.

RIOS, Riverson; FONSECA, Lucineide da Cruz. Criação de pseudonecessidades através dos estímulos aos sentidos: Estudo de caso sobre a Coca-Cola. *Intercom* – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação. XVII Congresso de Ciências da Comunicação na Região Nordeste, Natal, p. 1-11, 2015.

SANTOS, Lionês Araújo dos; MEDEIROS, Juan Felipe Sanchez. A mercantilização do corpo: mídia e capitalismo como principais agentes da promoção do consumo e do mercado. *Espaço Plural*, n. 24, 2011.

SCHUCHOVSKI, Lays Novaes; PONCIO, Ana Gabriela Rangel; SANTOS, André Filipe Pereira Reid. O lugar da infância na sociedade do consumo: uma sociologia da relação entre publicidade e infância no Brasil. *Panóptica*, Vitória, v. 7, n. 1, p. 71-103, 2012.

CAPÍTULO 3

NECESSIDADE DE UM ESTADO INTERVENTIVO PARA GARANTIR, ATRAVÉS DA EDUCAÇÃO, A PLENA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO EQUITATIVO ESTADO LIBERAL

Data de aceite: 04/08/2022

Clovis Gorczevski
Advogado, doutor em direito (*Universidad de Burgos*, 2001), pós-doutor em direito (CAPES – *Universidad de Sevilla*, 2007), pós-doutor (CAPES – *Fundación Carolina – Universidad de La Laguna*, 2010). Professor da Faculdade João Paulo II, Porto Alegre.

1 I CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Partimos, neste trabalho, da máxima inconteste: O homem nasce livre e livre é sua natureza. O Estado, portanto, deve abster-se de qualquer intervenção na vida privada; esta atitude viola os direitos naturais do homem e deve ser, *a priori*, absolutamente rechaçada. Exceto por poucos pensadores – carregados de ideologia, de interesses inconfessáveis e sedentos de intervir – este apotegma reflete o pensamento de todos grandes pensadores ocidentais, especialmente a partir do iluminismo.

Toda a idéia de um Estado de Direito, que supõe uma limitação e rígida regulamentação das funções de poder e na adoção de formas representativas, voltadas diretamente para a defesa dos direitos dos cidadãos tem seu substrato teórico na filosofia de Kant que reivindica como objetivo prioritário do Estado, a garantia da liberdade através do direito. Para ele, a situação dos cidadãos, considerada como situação puramente jurídica, se fundamenta: 1) na liberdade de cada membro da sociedade, como homem; 2) na igualdade dele, frente a qualquer outro, como súdito; 3) na independência de cada membro da comunidade, como cidadão. Para Perez-Luño o que se desprende da tese de Kant, é que "é o direito, como condição de coexistência das liberdades individuais, que atribui ao Estado, a garantia, mediante sua não ingerência, do livre desenvolvimento da liberdade".[1] Bobbio assevera que o pensamento kantiano refere-se a coexistência de uma noção de liberdade como autonomia de inspiração democrática, com um conceito de liberdade como não ingerência, de inequívoco sentido liberal.[2]

Seguindo o pensamento kantiano, Humboldt em sua obra *"Ideen zu einem Versuch die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen"*[3] discute a função do Estado e suas idéias foram cruciais para o desenvolvimento do liberalismo na Europa no século XIX. Humboldt parte do conceito do homem como um animal social, empenhado em progredir e desenvolver-se. Daí discute a ação do Estado no cerceamento da liberdade dos cidadãos e sugere instrumentos para frear este papel, pois "seria correto dizer que

1. PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion*. 2ª ed. Madrid: Tecnos, s/d. p. 212-245.
2. BOBBIO, Norberto. "Kant e le due libertà*" In: De Hobbes a Marx*. Napoli: Morano, 3ª ed. 1974, p. 147.
3. Idéias para um ensaio a fim de definir os limites da ação do Estado. 1792. Publicada em 1852.

a liberdade da vida privada sempre cresce na exata proporção em que declina a liberdade pública", assim, qualquer interferência do Estado em assuntos particulares deve ser absolutamente condenada. Defende que o objetivo básico de todo governo é abster-se de buscar a felicidade e o bem-estar para os cidadãos. "A felicidade para a qual o homem está simplesmente destinado não é nenhuma outra além daquela que suas próprias energias buscam para ele". Depreende-se de seu pensamento que toda intervenção do Estado induz a uma artificialidade que leva a uma violação da originalidade natural. O desenvolvimento, a realização pessoal e a própria autoestima são desvirtuadas. Em resumo, para Humboldt a razão não pode desejar para o homem qualquer outra condição além daquela em que cada indivíduo desfrute da mais absoluta liberdade para desenvolver-se a si mesmo a partir de suas próprias energias, em sua perfeita individualidade, restrito apenas aos limites de seus direitos. Portanto, deve-se rechaçar qualquer intervenção do Estado na vida privada; isso prejudica o próprio aperfeiçoamento do indivíduo.[4]

As idéias de Humboldt tiveram inequívoca influência em John Stuart Mill, maior filósofo inglês do século XIX. Em sua obra *'A Liberdade'*. Mill questiona a natureza e os limites do poder que a sociedade pode legitimamente exercer sobre o indivíduo. Defensor da liberdade individual, aceita como único propósito de se exercer legitimamente o poder sobre qualquer membro de uma comunidade, contra sua vontade, é evitar dano aos demais. "Seu próprio bem, físico ou moral não é garantia suficiente". Ninguém pode ser compelido a fazer ou deixar de fazer algo por ser melhor para ele, porque o fará feliz, porque, na opinião dos outros, fazê-lo seria sábio ou mesmo acertado. "A independência do homem é de direito absoluta. Sobre si mesmo, sobre seu corpo e mente, o indivíduo é soberano". Portanto, "cada um é o guardião adequado de sua própria saúde, seja física, mental ou espiritual. A humanidade ganha mais tolerando que cada um viva conforme o que lhe parece bom do que compelindo cada um a viver conforme pareça bom ao restante". [5]

Todo substrato teórico destes pensadores está na idéia de que o homem é um ser livre, sendo o Estado uma criação sua, portanto, possui limites. Como ensina Locke, o homem desde o estado de natureza foi proprietário legítimo e inconteste de sua vida e de sua liberdade – liberdade no sentido de organizar seus atos e dispor de seus bens como julgasse conveniente, dentro dos limites da lei da natureza, sem pedir licença ou depender da vontade de outrem. Esta e outras tantas situações preexistem ao Estado; o Poder civil, portanto, está impedido de alterar ou inovar neste campo, pois sua constituição ocorreu exclusivamente para satisfazer as necessidades humanas (de segurança e estabilidade) e assegurar os direitos do indivíduo. Ele foi criado de modo convencional, com a tarefa de assegurar e proteger os direitos naturais. Portanto este é o poder e o limite do Estado.

Defensor contemporâneo da liberdade individual é Robert Nozick. Em sua obra

---

4. HUMBOLDT, Wilhelm Von. *Os Limites da Ação do Estado*. Rio de Janeiro: Topbooks - Liberty Classics. 2004.
5. MILL, John Stuart. A *Liberdade/Utilitarismo.* São Paulo Martins Fontes. 2000.

Anarchy, State and Utopia tece severas críticas aos modelos constituídos que, fruto do contrato social, o desrespeitam, em detrimento das liberdades individuais. Propõe um direito reduzido a "inviolabilidade da pessoa" e defende a tese de que o Estado não possui o direito de erigir-se em estado socializador de bens nem mesmo promotor da justiça social, uma vez que ele não possui possessão natural sobre nada ou ninguém, pois todos os títulos residem exclusivamente no ser humano. Defensor radical das liberdades individuais, afirma que somente um Estado mínimo respeita os direitos naturais dos indivíduos, com a dignidade que isso pressupõe. "Tratando-nos com respeito ao acatar nossos direitos, ele nos permite individualmente ou em conjunto com aqueles que escolhemos, determinar nosso tipo de vida, atingir nossos fins e nossas concepções de nós mesmos…" Em seu entendimento qualquer outro modelo de Estado, que não o Estado-mínimo, viola os direitos da pessoa. Assim, todo Estado que ultrapasse as fronteiras do Estado mínimo é imoral e ilegítimo. [6]

2 | DA NATUREZA HUMANA

Contudo, é sabido que a natureza humana é perversa, egoísta, mesquinha, vingativa e beligerante; o homem é o lobo do homem. É por isso que, desde a formação das primeiras hordas, o homem tem sido protagonista e vítima de violência com seus semelhantes. Basta lembrar Caim e na solução dramática que deu a seu conflito com o próprio irmão. Lembra Moore que todas as sociedades, comunidades, organizações e relacionamentos interpessoais experimentam violência, em maior ou menor grau, no processo diário de interação.[7]

A violência faz parte da própria natureza humana, Quer como recreativa, reativa ou vingativa – segundo a classificação de Fronn[8]; a violência integra a essência do ser humano, como bem assevera Arendt ao identificar a violência como elemento pré-político, anterior ao surgimento da *polis*.[9] Não obstante Aristóteles tenha afirmado que o homem é um animal político, isto é, destinado a viver em sociedade,[10] sua natureza é beligerante. Também Maquiavel, que desprezando qualquer escola filosófica ou política como referencial teórico[11] e valendo-se somente da observação e desenvolvida psicologia humana, concluiu que os homens, por sua própria natureza, são ingratos, volúveis, dissimulados, ambiciosos

---

6. NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 1994. p. 357.

7. MOORE, Cristopher W. *The mediation process – practical strategies for resolving conflict*. San Francisco: Jossey--Bass Inc. 1996. p. 8.

8. FRONN, Erich. *O coração do homem*. Rio de Janeiro: Zahar. 1967. p. 25-20.

9. ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2005. p. 40

10. ARISTÓTELES. *Política*. Texto Integral. São Paulo: Martin Claret. 2008. P. 56

11. Como ensina Chevalier, Maquiavel não parte de um sistema filosófico, como fará Hobbes, para explicar a natureza do homem. Incrédulo, ele não se baseia no pecado original e no dogma da natureza decaída. CHEVALIER, J-J. *História do Pensamento Político*. Tomo I. Rio de Janeiro: Guanabara. 1982. p. 266.

e falsos. Assim, rancor, ódio, vingança e lutas são características naturais do homem.[12]

De igual forma, Hobbes ao adotar a doutrina do direito natural – não para limitar o poder civil, mas para reforçá-lo - parte da assertiva de que a situação natural dos homens era de caos e desordem total, o que inviabilizava sua própria existência. Para ele, o homem não é um ser político ou social por natureza, ao contrário, ele não é sociável e só o será por acidente. A natureza humana, afirma, é perversa, egoísta e perniciosa, todo homem é concorrente do outro. Para Hobbes *"homo homini lupus"* - o homem é o lobo do homem, então, *"bellum omnium contra omnes"* – é guerra de todos contra todos.

Também para Kant, que em seu último trabalho, "A Paz Perpétua" - obra de sua maturidade - invoca a razão para condenar a guerra. Seguindo o pensamento pessimista (ou realista?) de Maquiavel e Hobbes também entende que a paz não é um estado natural justamente pela natureza má do homem. Para Kant, o estado de paz entre os homens que vivem juntos não é um estado natural é, antes, um estado de guerra. Ainda que nem sempre haja uma eclosão de hostilidades há uma permanente ameaça disso.[13]

3 | O ESTADO E O MONOPÓLIO DA VIOLÊNCIA

As primeiras grandes teorias clássicas sobre a origem do Estado referiam-se a sua origem violenta. O Estado teria nascido da violência e da força; a organização política resultou do poder de dominação dos mais fortes sobre os mais fracos. Esta tese teve como grande defensor Ward para quem,

> O Estado nasce com a conquista de um grupo pelo outro e com o progresso que constitui a escravidão e não mais a destruição do vencido pelo vencedor. Organiza-se assim a ordem política, fruto dos interesses econômicos do vencedor e da resignação do vencido.[14]

Nesta mesma linha segue Oppenheimer: "o Estado por sua origem e por sua essência não passa daquela instituição social que um grupo vitorioso impôs a um grupo vencido com o único fim de organizar o domínio do primeiro sobre o segundo e resguardar-se contra rebeliões internas e agressões externas".[15] Igual é o pensamento de Gumplowicz e Cornejo.[16]

A partir do século XV começa a surgir no ocidente novos regimes políticos, dando início a formação do Estado moderno. Surge um novo sujeito: artificial, totalitário, absolutista, centralizador e institucionalizado, que se fortalece cada vez mais na medida em que

12. MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. São Paulo: Círculo do Livro S.A. s/d. p. 108.

13. KANT, Immanuel. *À paz perpétua*. Porto Alegre, L&PM. 2008. p. 23.

14. WARD, L., *Sociologie Pure*, Paris: Giard Brière. 1906, p. 58. *Apud* AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre-Rio de Janeiro: Globo. 1991. p. 98.

15. OPPENHEIMER, F., *Der Staat*, 4ª ed, Stuttgart, 1954, p 5, *Apud* BONAVIDES, Paulo, *Ciência Política*, 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 64.

16. *Apud* AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre-Rio de Janeiro: Globo. 1991.p. 101.

detém o monopólio da violência e da burocracia. Surge uma nova forma de violência e de dominação: legal-institucionalizada. É este novo sujeito, incontestável, quem dirá o direito e seus limites. A violência deixa de ser algo 'natural' e passa a ser produto da racionalidade.

Mas para Paine – um dos pais da América - todos os Estados do mundo, exceto EUA e França, que possuem história honrável, começaram violando princípios sagrados e morais. Assevera que não deveria ser difícil, nas primeiras fases da humanidade, que uma banda de rufiões, bárbaros, sanguinários, sem conhecimento de moral, ética e humanidade, invadisse outros povos, impondo um novo modo de vida. E o conquistador não considerava o conquistado como seu prisioneiro e sim como sua propriedade; o levava em triunfo, acorrentado e o condenava, segundo seu prazer, a morte ou a escravidão. Uma vez estabelecido o poder, era fácil ao chefe da orda trocar o nome de ladrão e adotar o de monarca, dando origem a monarquia dos reis.[17]

Weber não questiona o surgimento do Estado, mas o caracteriza: "um único instituto serve para definir o Estado, assim como toda associação política: a força e não seu conteúdo".[18] Todo Estado se fundamenta na força disse Trotsky e Weber, citando-o de forma literal, lhe dá toda razão, ressaltando, contudo, que a violência não é o único instrumento do Estado, mas lhe é específico. No passado, diz, a violência foi um meio inteiramente normal entre os mais distintos grupos, o Estado a racionalizou e a fez legítima.[19]

Assim o Estado, criado para conter a violência do homem e garantir segurança a todos, por sua própria natureza torna-se violador de direitos, pois limita e restringe os direitos naturais, além de intervir na liberdade individual. Como bem desabafou Proudhon: "Ser governado é ser observado, inspecionado, espiado, dirigido, numerado, regulado, recrutado, matriculado, doutrinado, repreendido, controlado, verificado, avaliado, apreciado, censurado, comandado por criaturas que nem tem o direito nem a sabedoria nem virtude para o fazer. É estar em cada operação, em cada transação, anotado, registrado, contado, tributado, marcado, medido, numerado, avaliado, licenciado, autorizado, admoestado, impedido, proibido, reformado, corrigido, punido. Ser governado é ser colocado, sob o pretexto da utilidade pública e em nome do interesse geral, sob contribuição, instruído, esfolado, explorado, monopolizado, extorquido, espremido, injuriado, roubado; então, a mais leve resistência, a primeira palavra de protesto, reprimido, multado, aviltado, assediado, perseguido, maltratado, agredido, desarmado, amarrado, sufocado, aprisionado, julgado, condenado, fuzilado, deportado, sacrificado, vendido, traído; e, para cúmulo, escarnecido, ridicularizado, zombado, ultrajado, desonrado. Isto é Estado, isto é governo".[20]

---

17. PAINE , Thomas. *Derechos del hombre*. Madrid: Alianza. 2008 , p. 223

18. WEBER, Max. *Apud* BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10 ed. São Paulo: Malheiros. 1996. p. 65.

19. WEBER, Max. *Basic concepts in sociology*. New York: The Citadel. 1964. p. 119. *Apud* AGUIAR. Roberto A. R.. *Direito, Poder e Opressão*. São Paulo: Alfa-Ômega. 1990. p. 43.

20. PROUDHON, P. J. *General Ideia of the Revolution in the Nineteenth Century*. Londres: Freedom Press. 1923. p. 293/294.

É por isso é que nos alinhamos a Thoreau e parafraseamos seu iluminado pensamento: na melhor das hipóteses, o governo não e mais do que uma conveniência, embora a maior parte deles seja, normalmente, inconveniente. Então, o melhor governo é o que menos governa e quando os homens estiverem preparados para tal, será o tipo de governo que terão.[21]

4 I A CRISE DO ESTADO MODERNO E O RESSURGIMENTO DA VIOLÊNCIA PRIVADA

A partir dos anos 80 do século XX, com o fim da guerra fria, o colapso do comunismo, a revolução tecnológica e a interligação e interdependência dos mercados em escala planetária, inicia um novo fenômeno político denominado de globalização.[22] Nesta nova ordem mundial, os espaços nacionais ficam dissolvidos na ordem global. Há uma acentuada expansão do liberalismo, a absoluta predominância do capital com o consequente enfraquecimento da ordem estatal em todos os aspectos.

Asseveram Seitenfus e Ventura[23] que as decisões do mundo global ocorrem em centros de interesses privados, independentes, autônomos e dotados de um poder real, cuja natureza e intensidade, transcendem o tradicional poder dos Estados. A globalização, lembram, contesta a exclusividade do exercício da soberania do Estado sobre um determinado território. Assim, "o Estado-nação está cada vez mais impotente para controlar a política monetária, decidir seus investimentos, organizar a produção e o comércio, arrecadar tributos sobre a sociedade e cumprir seus compromissos de proporcionar assistência social".[24] Em suma, perdeu a maior parte de seu poder e, como bem lembra Cassem, isto representa um grande perigo à democracia, pois está fora de controle do Estado certos fatores decisivos para a vida dos cidadãos.

---

21. THOUREAU, Henry David. *A Desobediência Civil.* Porto Alegre: P&PM. 2007

22. Não obstante algumas discussões acadêmicas e ideológicas pode-se afirmar que a idéia de globalização não é nenhuma novidade. A história mostra haver raízes da globalização no Império Romano. Para o sociólogo Octávio Ianni, o exemplo mais apropriado é o cristianismo, pois o Papa até hoje percorre o mundo para reafirmar o projeto de globalização da Igreja Católica. (palestra realizada no Instituto Latino Americano de Estudos Avançados da Universidade Federal do Rio Grande do Sul). A mesma opinião manifesta o economista argentino Juan Carlos Cachanosky: "globalização é um termo novo para algo tão antigo que remonta ao Império Romano", ressaltando que a diferença é a tecnologia (Entrevista ao Correio do Povo. ed. 11.11.1997, p. 18). Também o antropólogo Renato Ortz afirma que "a globalização é um processo que tem raízes no passado, mas no presente mostra sua originalidade, tendo no neoliberalismo sua ideologia predominante" ("A globalização tem raízes no Império Romano". Correio do Povo. ed. 28.04.1997. p. 13). A verdade é que a história do ocidente mediterrâneo e da cristandade medieval está cheia de tentativas imperialistas com pretensões mundiais – mundo aqui entendido como delimitado pelos limites conhecidos e ocupados pelas potências dominadoras do momento. Os Romanos, a Santa Sé, os Estados nascentes da Idade Média, Portugal, Espanha, França, Inglaterra e Alemanha, tiveram todos, a seu tempo, tais pretensões (ARNAUD, A-J, *O Direito entre a modernidade e a Globalização*. Rio de Janeiro: Renovar. 1999. p. 7).

23. SEITENFUS, Ricardo. e VENTURA, Denise. *Introdução ao Direito Internacional Público.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 1999. p. 183.

24. CASTELLS, M. *La era de la información: Economía, Sociedad y Cultura*. Volumen II. Madrid: Alianza. 1998. p. 282.

Também para Lamounier,[25] a globalização implica em graves riscos para o Estado-nação, vale dizer, para o sistema mundial de Estados, que é o arcabouço mediante o qual a humanidade conseguiu, após séculos e séculos de problemática evolução, organizar, bem ou mal, a coexistência não beligerante das sociedades humanas. Na balança do poder do mundo, o Estado enfraquece diante do sistema financeiro. Um sistema maior, porque disseminado além de um governo ou país, enfim, globalizado. O Estado não é mais soberano, diz Knoerr, mas um sócio, um parceiro do capital privado.[26] Assim, conclui Pereira que "entramos na fase em que se faz necessário uma reforma do aparelho do Estado". E, esta reforma, "provavelmente significará reduzir o Estado, limitar suas funções como produtor de bens e serviços e, em menor extensão, como regulador...."[27]. Em outras palavras, o Estado tende a tornar-se mínimo, suprimindo direitos sociais, privatizando bens e serviços e limitando-se ao controle social.

O pensamento dominante, neste novo cenário, é aquele expresso por Ronald Reagan na sua posse como presidente dos Estados Unidos da América, em 20 de janeiro de 1981: "O governo não é a solução do nosso problema, o governo é o nosso problema."

Esta realidade acaba reduzindo o novo papel do Estado a uma função exclusiva de guardião dos equilíbrios macroeconômicos. São guardiões que se tornam prisioneiros de sua própria armadilha, e impotentes ou incapazes de definir prioridades e implementar políticas de incentivo setorial a competitividades, de oferecer proteção social a suas populações, de dar os serviços públicos básicos ou de garantir a ordem e o respeito às leis.

5 | AS CONSEQÜÊNCIAS

Por um lado, a globalização pode ser um progresso para a condição humana. É uma alternativa à manutenção a qualquer custo da soberania do Estado, ao serviço militar obrigatório, a ameaça de destruição do planeta em uma guerra nuclear, à subordinação dos interesses individuais aos dos governantes sem que fosse possível neutralizar este poder.[28] Por outro, esta nova ordem, com Estados débeis, capital desregulado e economia

25. LAMOUNIER, Bolívar, Gazeta Mercantil, Edição de 26.11.1997. p. A-3.

26. KROERR, Fernando Gustavo. "Representação Política e Globalização" In FONSECA, Ricardo Marcelo (org). Repensando a Teoria do Estado. Belo Horizonte: Fórum. 2004. p. 176. Apud Paulo Márcio Cruz e José Francisco Chofre Sirvent. "Ensaio sobre a necessidade de uma teoria para a superação democrática do Estado constitucional moderno". Op. Cit. .p. 13.

27. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. "Gestão do Poder Público: Estratégia e Estrutura de um novo Estado". *In Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. Rio de Janeiro: FGV, 2003. p. 21/38

28. Lamounier defende que a globalização é a culminação de um processo histórico essencialmente benfazejo: a possibilidade de concretizar, finalmente, aquela promessa de interdependência e desenvolvimento com que sonharam e a que tão enfaticamente se referiram os grandes economistas e filósofos do século XVIII. O que eles anteviram não foi nada menos que a superação das carências materiais mais agudas da humanidade e a definitiva planificação do mundo, graças ao comércio e a divisão de trabalho. Esta utopia ganhou outra dimensão importante no século XIX, notadamente através do marxismo: a idéia de que esta formidável expansão de forças produtivas exigia a prévia e concomitante redução das desigualdades sociais existentes dentro de cada país. LAMOUNIER. Bolívar. Gazeta Mercantil. p. A-3. ed. 26.11.99

internacionalizada, leva a sociedade a dar alguns passos para trás quanto aos avanços conseguidos nos últimos séculos. O trabalho humano passa a ser negociado como mercadoria, sujeito a lei de oferta e procura, a degradação ambiental passa a ser uma constante, fortunas imensas se acumulam, os extremos sociais se acirram, a violência cresce, a fome a miséria e a morte rondam a sociedade.

Aqui temos a *Big Question*. Um Estado forte, criado para garantir a segurança, a propriedade, assegurar a paz interna ou qualquer outra função que se lhe atribua, viola os direitos individuais. Por outro lado, com o Estado enfraquecido, temos uma sociedade mais livre, mais autônoma e menos dependente; porém, sem o Estado, ou com ele impotente, há uma tendência ao ressurgimento dos mais selvagens instintos individuais, que se traduz em violência desinstitucionalizada – o retorno ao estado de natureza.

Aceita-se pois, a intervenção do Estado na sociedade, unicamente como ferramenta, como meio necessário para alterar a natureza humana, egoísta e beligerante, e reduzir as graves diferenças sociais. Uma vez estando o homem preparado para viver em sociedade, o Estado deve limitar-se a macro políticas deixando a sociedade livre, como única forma de concretizar plenamente os direitos humanos. Esta é toda a questão: quando os homens estiverem preparados. Então a pergunta, como prepará-los? Ora, há somente um meio: pela educação.

6 I O PAPEL DA EDUCAÇÃO

O reconhecimento da importância da educação para a formação do indivíduo – consequentemente para a formação de uma sociedade - remonta as primeiras sociedades politicamente organizadas. Ao se criarem segmentos privilegiados, a educação passa a ser dirigida à formação das classes dominantes – educados para conquistar, governar e dirigir. Precursoras da sociedade ocidental, na Grécia e em Roma a educação não era diferente, só possui acesso ao conhecimento quem dispõe de vultosas quantias.[29]

A idéia de popularizar a educação, levando-a a todas as camadas sociais inicia a

29. É verdade que ainda no século IX a. C., em Esparta, Licurgo, percebendo a importância da educação para o Estado, transformou-a em obrigatória para crianças a partir dos 7 anos. Também em Roma, durante o Império, a educação passa a ser pública. Nos dois casos a educação é dirigida a interesses do Estado. Enquanto o objetivo de Roma era romanizar o mundo, permitindo acesso à cultura romana e capacitar funcionários para a burocracia estatal, Esparta tinha como objetivo transformar o indivíduo num soldado ideal: corajoso, lutador, conquistador, obediente às leis e a hierarquia e capaz de suportar o trabalho árduo. Em Atenas, como os escravos garantiam a sobrevivência dos cidadãos, cabia aos jovens, financeiramente favorecidos, a dedicação à política e a cultura. A democracia exigia grande habilidade com as palavras e conhecimento para gerir os negócios públicos. A escola sofista surge para atender as necessidades das classes mais abastadas. Tudo inicia, diz Brandão quando a riqueza da polis grega criou na sociedade estruturas de oposição entre livres e escravos, entre nobres e plebeus, aos meninos da elite guerreira e mais tarde a elite togada, a educação passa então a ser dirigida. O mesmo ocorreu em Roma quando uma nobreza enriquecida com a agricultura e o saque abandona o trabalho da terra pelo da política e cria as regras do Império. A educação passa então a preparar o futuro guerreiro, o funcionário imperial e os dirigentes do Império. (BRANDÃO, Carlos Rodrigues. *O que é educação*. 40ª ed. São Paulo: Brasiliense. 2001. p. 37-51).

partir do século XVI, período em que a sociedade européia vive profundas transformações. A ruptura da unidade religiosa pela Reforma, o descobrimento do Novo Mundo, o auge de uma nova ciência e de um novo método de conhecimento, o desenvolvimento do primeiro capitalismo, o desenvolvimento do comércio e da indústria, a ascensão da burguesia, a queda do feudalismo e o surgimento do Estado Moderno, o renascimento cultural desenvolvendo idéias de uma cultura centralizada no homem e não mais em Deus, o racionalismo rejeitando as explicações religiosas que já não justificavam mais os fenômenos naturais, etc. É neste momento de grandes transformações que a educação vai ocupar papel de destaque no interesse e na preocupação de intelectuais e políticos, que passam a considerá-la como a ferramenta única para se transformar a natureza humana no sujeito exigido pelos novos tempos.

Porém, tão somente nas primeiras décadas do século XX as constituições nacionais começam a fazer referências à educação como direito. É esse um período que os direitos sociais começam a sensibilizar e, consequentemente, há uma acentuação nos compromissos do Estado a fim de assegurar a todos os cidadãos o direito a formação geral.

Embora as primeiras manifestações constitucionais reconhecendo a educação como direito, vão ocorrer na constituição Mexicana de 1917 e na Alemã de 1919, a criação de sistemas públicos de educação, extensivos a todas as camadas sociais e sua determinação de obrigatoriedade somente vai ocorrer com o surgimento do Estado social, principalmente à partir da Segunda Guerra Mundial quando os Estados, principalmente os mais desenvolvidos, começam a destinar um elevado percentual dos investimentos públicos para cobrir os gastos com a educação, cumprindo assim este compromisso social. Desde então, com avanços e recuos, tem se mantido como direito social e dever do Estado em oportunizá-la.

De nossa parte, temos afirmado, incansavelmente, que a educação é o mais importante instrumento de inclusão social e, portanto, para a consolidação da cidadania e a concretização dos direitos humanos; inclusive no sentido de tomada de consciência de si mesmo e de sua importância para a comunidade. Como disse Francisco de Vitória, fundador do Direito Internacional Moderno e um dos primeiros teóricos dos direitos do homem: *"... uno de los derechos más importantes del hombre es su educación, que le va perfeccionando en su condición de hombre...".*[30]

O artigo XXVI da Declaração Universal dos Direitos do Homem estabelece o direito a educação fundamental de forma gratuita e obrigatória, à educação técnica-profissional generalizada e a educação superior, que deve assegurar a igualdade para todos, baseada nos méritos individuais. O que se busca é o desenvolvimento integral do homem, o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, a compreensão, a tolerância, a

30. VITORIA, Francisco de. *Los Derechos Humanos*. Antologia. Edición e Introducción de Ramón Hernández O.P. Salamanca: San Esteban. 2003. p. 60.

amizade entre os grupos étnicos e religiosos e entre as nações.

Efetivamente, sem uma educação suficiente e de qualidade, bem lembra Cambeses Júnior,[31] restringe-se acentuadamente o direito a receber informações e opiniões, e de difundi-las, sem limitação de fronteiras, por qualquer meio de expressão (previsto no artigo XIX da Declaração Universal); torna-se impossível a adequada satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais, indispensáveis à dignidade e ao livre desenvolvimento da personalidade (art. XXII); limita-se drasticamente o direito ao trabalho em condições eqüitativas e satisfatórias (art. XXIII); corta-se o direito a participar na vida cultural, a gozar das artes e a participar no progresso científico e nos benefícios que dele resultem; e, em geral, faz-se difícil ou impossível desfrutar dos direitos humanos e da cidadania e contribuir para que outros também o façam, pois uma pessoa não educada é totalmente incapaz de cumprir cabalmente com seus deveres, bem como de desfrutar plenamente de seus direitos.

Uma limitação muito séria é a de não saber reclamar seus direitos e, mais grave ainda, de nem saber da existência destes direitos, situações das quais, frequentemente se aproveita o Estado, denegando direitos, oferecendo-os como favor ou pior, como moeda de troca. E como assevera Martín:

> Difícilmente podremos lograr un perfil adecuado de ciudadano – independientemente da tradición filosófica de la que se trate, liberal, comunitarista, republicano – si no tiene la adecuada formación e instrucción para formar su propio criterio, para que se forje sus propias convicciones, para que adquiera una responsabilidad cívica, para que sea capaz de resolver conflictos sin utilizar medios violentos, y tantas otras posibilidades a las que sólo una adecuada instrucción abre las puertas.[32]

Nesse sentido, nossa Constituição, sabiamente expressa em seu artigo 205, que o objetivo da educação nacional é desenvolver o indivíduo, preparando-o para o exercício da cidadania. Se reconhece, pois, a educação como condição *sine qua non* para uma plena participação social.

Mamede, ao referir-se à educação como pré-condição para a cidadania, é contundente e radical:

> Deixando de dar formação educacional (crítica e política) à parte da população, mantém-se a prática espoliatória que beneficia uma elite (narcísica, incompetente, inconseqüente) em proveito de milhões de pessoas (miseráveis e trabalhadores das classes baixas). Permite-se uma certa ordem de privilégios para a classe intermediária (classe média) que, na estrutura social, funciona como suporte para as classes dominantes: fornece-lhes

31. CAMBESES JUNIOR, M. Globalização, Educação e Direitos Humanos. Artigo publicado na internet. Sem maiores referências.
32. MARTIN, Núria Belloso. *Los nuevos desafíos de la ciudadanía*. Burgos: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Burgos. 2001. p. 94.

> profissionais que administram seus interesses (neste incluídos tanto os negócios particulares, quanto os 'negócios de Estado', ou seja, a administração do aparelho do Estado, sempre no estrito respeito à conservação de seus benefícios) assim como assimila (motivada pelo desejo de conservar sua própria parcela – ainda que limitada – de benefícios) a fobia – e a luta – contra um possível levante das massas exploradas.[33]

Atualmente, não obstante o ressurgimento de idéias liberais e o desmantelamento do Estado Social, a educação esta consagrada como um direito fundamental amplamente reconhecido na maioria das constituições dos Estados Modernos e por textos internacionais relativos aos direitos humanos. Trata-se de uma conquista histórica, bem lembra Pisón, fruto de tensões, de lutas, de iniciativas de todo tipo e também de um desenvolvimento doutrinal não isento de polêmicas.[34]

EDUCAÇÃO PARA OS DIREITOS HUMANOS

Não obstante o reconhecimento da importância da educação como ferramenta eficaz para se formar um indivíduo remonte a milênios, tão somente agora, a sociedade deu-se conta de uma educação voltada aos Direitos Humanos. Talvez porque vivemos momentos tão sombrios, fruto do esquecimento dos valores primários, em especial da ética e da justiça, que parecem evaporarem-se nestes novos tempos.

Obviamente seria ingenuidade imaginar-se que a educação resolverá todos os problemas atuais da humanidade. Pode, contudo, ajudar a entender suas causas e oferecer material para análise e para a tomada de atitudes e comportamentos que certamente em muito amenizariam os males contemporâneos que todos estamos a mercê. Educar para os direitos humanos é criar uma cultura preventiva, fundamental para erradicar a violação dos mesmos. Com ela conseguiremos efetivamente dar a conhecer os direitos humanos, distingui-los, atuar a seu favor e, sobretudo, desfrutá-los. Como disse Escobero:

> Consideramos la educación en derechos humanos como una importante herramienta para la prevención de las violaciones de derechos humanos, fomentando la conducta y las actitudes basadas en la tolerancia, la solidaridad y el respeto. Creando sociedades donde la protección de los derechos humanos sea comprendida por todos – y responsabilidad es de todos – la educación en derechos humanos puede desempeñar un papel a muy importante en la protección de estos derechos.[35]

7 I OBJETIVOS

Os conflitos armados, a degradação ambiental, a fome, a miséria e a injustiça

33. MAMEDE, G. "Hipocrisia: o mito da cidadania no Brasil". *In Revista de Informação Legislativa* n° 134. Brasília. Abril/junho 1997. p. 11.

34. PISÓN, José Martínez de. *El Derecho a la educación y la libertad de enseñanza*. Op. Cit. p. 54.

35. MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. "La incorporación del derecho y de los derechos humanos en la educación". *In* RIBOTTA. Silvina (ed.) *Educación en Derechos Humanos. La asignatura pendiente*. Madrid: Dykinson. 2006. p. 25.

campeiam livremente e nos demonstram, de forma iniludível, a necessidade de se orientar o ser humano e as relações humanas para os valores derivados do reconhecimento da dignidade humana, como imperativo para a própria sobrevivência do gênero humano. Bem adverte Assmam, que a humanidade chegou numa encruzilhada ético-política, e ao que tudo indica não encontrará saídas para a sua própria sobrevivência, como espécie ameaçada por si mesma, enquanto não construir consensos sobre como incentivar conjuntamente nosso potencial de iniciativas e nossas frágeis predisposições à solidariedade.[36]

A importância da educação para o indivíduo e para a sociedade, bem como a necessidade de implementar-se uma educação voltada ao conhecimento, ao respeito e ao exercício dos direitos humanos, parece ser matéria absolutamente pacífica e unânime e, nosso parecer é que, por sua excepcional importância, tal tema não pode ficar a mercê da vontade política dos governos ou adstrito a eventual interesse político dos Estados para sua implementação. A sociedade como um todo e cada cidadão de forma individual pode e deve assumir tal tarefa e de forma transversal, em todas oportunidades, por qualquer meio, discorrer sobre direitos humanos, porque, como disse Fernández-Largo "estou absolutamente convicto que sempre que se discute sobre direitos humanos, se está contribuindo para sua propagação. Eles não possuem outro instrumento de difusão senão as convicções que geram à consciência humana. Equivoca-se quem pensa que os direitos humanos se impõem com as armas, com os decretos arbitrários do poder político ou violando a autonomia das consciências".[37]

Por evidente defendemos também uma educação livre, isto é, não como monopólio do Estado. Neste aspecto, feliz, mais uma vez, é nossa Carta Magna quando estabelece que o Estado tem o dever de garantir a educação, mas não o seu monopólio. Muitos Estados, reconhecidamente democráticos, reivindicam o monopólio educacional – eficaz forma de modelar um cidadão, permitindo-lhe o acesso à versão oficial e talvez, a uma educação domesticadora. Como já alertava Mill:

> uma educação geral estatal é apenas um meio para se moldar as pessoas uma exatamente como a outra e, como os moldes nas quais elas são postas são aqueles que agradam ao poder dominante, seja ele monárquico, sacedortal, aristocrático ou o da maior parte da geração atual, e, na proporção em que ela é eficiente e bem sucedida, estabelece um despotismo sobre a mente que leva, por uma tendência natural, a um despotismo sobre o corpo.[38]

Ainda quanto aos objetivos da educação, convém não esquecer o alerta de Adorno de que a realidade que nos cerca, o mundo contemporâneo, globalizado, neoliberal e individualista, impele as pessoas em direção a xenofobia, a intolerância, à barbárie.

---

36. ASSMANN, Hugo. *Reencantar a educação: rumo à sociedade aprendente*. Petrópolis: Vozes. 1998. p. 28.

37. FERNANDEZ-LARGO. Antonio Osuna. *In Presentación* de GORCZEVSKI, Clovis. *Direitos Humanos. Dos primórdios da humanidade ao Brasil de hoje*. Porto Alegre: Imprensa Livre. 2006.

38. MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade.* Tradução e organização de Ari R. Tank Brito. São Paulo: Hedra. 2010, p. 192.

A sociedade moderna está repleta de fatores que apontam para novos genocídios, que fatalmente ocorrerão se os educadores não tomarem consciência de sua responsabilidade.[39] Neste sentido, importante o depoimento de Roméo Dallaire, general canadense que comandou as tropas de paz da ONU em Ruanda e foi testemunha do violento extermínio da etnia tutsi por parte do partido hutu. Em entrevista a um importante jornal europeu[40] assim declarou: "para que serve a educação? O extremista, ou o africano que esta na estrutura política da elite, é uma pessoa muito bem instruída, estudou nas mesmas escolas que nós e nossos filhos e conhece muito bem a política internacional (...) estão extraordinariamente bem formados intelectualmente. O problema é como se pode incutir o sentido de humanismo e respeito pelos direitos humanos'". **"Incutir humanidade"**, lembra Cantero, esta é a maior das aspirações de todo projeto realmente educativo.[41]

Mas formar indivíduos comprometidos com valores éticos, com a solidariedade, com a paz com a justiça e com os direitos humanos, não é tarefa unicamente dos Estados. Ela não dimana unicamente da vontade política dos governos ou de incentivos financeiros, muito ao contrário, está é uma missão da sociedade que exige de cada um de nós assuma sua parcela de responsabilidade, esta deve ser a prioridade em todas as instâncias públicas e privadas. É também hora de nós, educadores, nos questionarmos sobre o que e quem queremos formar. É imperativo abandonarmos as práticas rígidas e tradicionais, abrindo-nos para o novo mundo, sob pena de por ele sermos atropelados. Urge, pois, uma mobilização geral, um levante dos homens de bem, ignorar esta realidade pode ser um erro perigoso, aliás, como disse Hobbes, "o inferno é a verdade descoberta tarde de mais".

Por tudo isso e, unicamente por isso, aceitamos a intervenção do Estado na sociedade, traçando diretrizes, metas, caminhos para promoção e divulgação dos direitos humanos, preparando a sociedade para o retorno ao exercício da plena liberdade, única forma de concretizar plenamente os direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor W. "Educação após Auschwitz". *In Educação e Emancipação.* Rio de Janeiro: Paz e Terra. 1995.

AGUIAR, Roberto. A Crise da Advocacia no Brasil, 2ª ed. São Paulo: Alfa-ômega, 1992.

AGUIAR. Roberto. *Direito, Poder e Opressão*. São Paulo: Alfa-Ômega. 1990.

---

39. ADORNO, Theodor W. "Educação após Auschwitz". *In Educação e Emancipação.* Rio de Janeiro: Paz e Terra. 1995. Neste sentido Adorno já foi ultrapassado pela realidade, depois dos campos de Extermínio Nazistas, os Gulag Soviéticos, os Crimes do Franquismo na Espanha, a Operação Condor na América, os Assassinatos em Massa de Mao na China, o Genocídio em Ruanda e Iugoslávia são exemplos de que novos genocídios já começaram a ocorrer. Parece que o mal absoluto, como denominou, Carlos Santiago Nino esta vencendo.
40. Jornal El País. Madrid, España. ed. 04.04.2004. p. 18.
41. CANTERO, Fernando Gil. "Didáctica de la educación en derechos humanos. Sistema educativo español". *In* RIBOTTA. Silvina (ed.) *Educación en Derechos Humanos. La asignatura pendiente*. Madrid: Dykinson. 2006. p.263.

ARENDT. Hannah. *A condição humana*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2005

ARISTÓTELES. *Política*. Texto Integral. São Paulo: Martin Claret. 2008.

ARNAUD, A-J, *O Direito entre a modernidade e a Globalização*. Rio de Janeiro: Renovar. 1999.

ASSMANN, Hugo. *Reencantar a educação: rumo à sociedade aprendente*. Petrópolis: Vozes. 1998

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre-Rio de Janeiro: Globo. 1991.

BARROSO, Pérsio Henrique. *Constituinte e Constituição*. Curitiba: Juruá. 1999.

BONAVIDES, Paulo, *Ciência Política*, 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

BRANDÃO, Carlos Rodrigues. *O que é educação*. 40ª ed. São Paulo: Brasiliense. 2001.

CASTELLS, M. *La era de la información: Economía, Sociedad y Cultura*. Volumen II. Madrid: Alianza. 1998.

CHEVALIER, J-J. *História do Pensamento Político*. Tomo I. Rio de Janeiro: Guanabara. 1982.

FONSECA, Ricardo Marcelo (org). *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum. 2004.

FRONN, Erich. *O coração do homem*. Rio de Janeiro: Zahar. 1967.

GORCZEVSKI, Clovis. *Direitos Humanos. Dos primórdios da humanidade ao Brasil de hoje*. Porto Alegre: Imprensa Livre. 2006.

Jornal ABC, Madrid. 13 out. 2003. Editorial

Jornal El País. Madrid, España. ed. 04.04.2004.

Jornal Gazeta Mercantil. São Paulo. p. A-3. ed. 26.11.99

KANT, Immanuel. *À paz perpétua*. Porto Alegre, L&PM. 2008.

MAMEDE, G. "Hipocrisia: o mito da cidadania no Brasil". *In Revista de Informação Legislativa* n° 134. Brasília. Abril/junho 1997.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe.* São Paulo: Círculo do Livro S.A. s/d.

MARTIN, Núria Belloso. *Los nuevos desafíos de la ciudadanía*. Burgos: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Burgos. 2001.

MOORE, Cristopher W. *The mediation process – practical strategies for resolving conflict*. San Francisco: Jossey-Bass Inc. 1996.

OPPENHEIMER, F., *Der Staat*, 4ª ed, Stuttgart, 1954.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. “Gestão do Poder Público: Estratégia e Estrutura de um novo Estado”. *In Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

RIBOTTA. Silvina (ed.) *Educación en Derechos Humanos. La asignatura pendiente*. Madrid: Dykinson. 2006.

SEITENFUS, Ricardo e VENTURA, Denise. *Introdução ao Direito Internacional Público.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 1999.

VITORIA, Francisco de. *Los Derechos Humanos*. Antologia. Edición e Introducción de Ramón Hernández O.P. Salamanca: San Esteban. 2003.

WARD, L., *Sociologie Pure*, Paris: Giard Brière. 1906.

WEBER, Max. *Basic concepts in sociology*. New York: The Citadel. 1964.

CAPÍTULO 4

DIREITO À MORADIA DIGNA: DESAFIOS JURÍDICOS E FINANCEIRO-ORÇAMENTÁRIOS

Data de aceite: 04/08/2022

Uma parte dos fundamentos deste texto foi publicada, originalmente, na Revista Interesse Público, v. 20, p. 193-205, 2018.

Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira
Pós doutora em Direito pela UFRGS/2016. Doutora em Direito do Estado pela USP/2005. Mestre em Direito do Estado pela UFRGS/2000. Professora de Direito Constitucional nas Faculdades João Paulo II. Procuradora do Município de Porto Alegre desde 1996. Editora-Chefe da Revista da ESDM. Conselheira do Conselho Municipal de Desenvolvimento Urbano Ambiental de Porto Alegre - CMDUA. e-mail: oliveira.cristianecatarina@gmail.com

RESUMO: O direto fundamental à moradia digna está previsto no artigo 6º da Constituição Brasileira de 1988. O presente estudo tem como objetivo apresentar os desafios jurídicos e financeiros da implementação do direito à moradia digna por meio da regularização fundiária, especialmente porque ambos precisam estar atendidos para que seja possível a aplicação da legislação e da Constituição. Conclui-se pela possibilidade de regularização fundiária em diversos casos que não envolvem apenas orçamento público. A metodologia da pesquisa utilizada é a revisão bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: moradia digna - regularização Fundiária - orçamento público – regularização jurídica

ABSTRACT: The fundamental right to decent housing is contained in article 6 of the Brazilian Constitution of 1988. This study aims to present the legal and financial-budgetary challenges of implementation of the right to decent housing through land regularization, especially because both need to be met for the application of legislation and the Constitution to be possible. It is concluded by the possibility of land regularization in several cases that do not involve only public budget. The research methodology used is the literature review.

KEYWORDS: decent housing - land regularization - public budget – legal regularization

1 | INTRODUÇÃO

No Município de Porto Alegre, no sul do Brasil, como em geral em outros municípios brasileiros, há regiões mais afastadas do centro da cidade em que a densidade da população é menor e as pessoas têm moradia que não são consideradas dignas. Em alguns casos, as áreas mais afastadas do centro têm densidade ainda maior, mas mesmo assim, não se considera existir moradia digna. Em geral as áreas mais afastadas tem precariedade de condições urbanas, mas mesmo com adequado abastecimento de água, rede elétrica e outros, muitas vezes não há como se caracterizar a moradia como digna por não se vislumbrar aos moradores a propriedade ou a posse regular das moradias, de acordo com a lei civil.

A Constituição brasileira estabelece que o direito à moradia é um direito social no artigo 6º: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” A Constituição também prevê o princípio da dignidade da pessoa humana. Diz-se então que, na Constituição brasileira, o direito à moradia significa moradia digna. A dignidade da moradia está, de um lado, na infraestrutura básica e nas condições urbanas, que dependem de aspectos financeiro-orçamentários estatais, mas também, de outro, na condição jurídica de regularidade da posse e da propriedade.

Nesse sentido, a Constituição de 1988, em seu art. 30, I e VIII, atribui aos municípios a competência para garantir a moradia digna aos cidadãos que vivem naquele município. E os municípios devem atuar para oferecer dignidade às moradias dos munícipes. A dignidade da infraestrutura e das condições urbanas mínimas requeridas nas leis locais depende essencialmente de verbas orçamentárias disponíveis para implantar melhorias de saneamento, pavimentação de vias, e outros. É essencial também a análise sobre quais as providências municipais para oferecer dignidade jurídica às moradias.

A regularização jurídica da posse e da propriedade pode ser organizada pelos órgãos municipais, sendo para tal necessários procedimentos relativos à aprovação de Projeto Arquitetônico-urbanístico e este, depois de aprovado, deve ser levado para Registro da propriedade de cada lote, para cada uma das famílias ocupantes. A regularização da posse pode ser conduzida para oferecer segurança da posse, com a devida contratualização da posse em áreas públicas, por exemplo.

A garantia, portanto, do direito social à moradia digna, não envolve apenas intervenção pública de natureza financeiro-orçamentária. O direito à moradia digna, para ser garantido, envolve processos jurídicos de natureza administrativa ou judicial, conduzidos com base em leis municipais ou nacionais para regularização da posse e da propriedade dos moradores. E, nesse campo da dignidade jurídica da moradia, há vários pontos relevantes sobre seu conteúdo para serem discutidos, a fim de dar eficácia ao direito social à moradia.

Por fim, importa referir que se considera aqui o princípio da moradia digna como corolário constitucional no Brasil, sem olvidar da ideia de direito à moradia adequada (right to adequate housing) fundada em documentos do direito internacional (UNHABITAT, 2021).

2 I O DIREITO SOCIAL À MORADIA DIGNA NO BRASIL E A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA

2.1 Noção de direito à moradia digna

O direito à moradia é um direito social, pois está previsto na Constituição brasileira desta forma. O direito à moradia é fundamental e "como se trata dos direitos fundamentais sociais, são essenciais para o exercício da democracia" (SILVA, 2014, p.532).

O direito social à moradia previsto na Constituição brasileira no artigo 6º deve ser interpretado em conjunto com o conteúdo do art. 1º que trata da dignidade da pessoa humana como base do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, se há previsão do direito à moradia e à dignidade da pessoa humana, então a moradia da pessoa humana deve conter o atributo da dignidade em uma interpretação sistemática do direito (FREITAS, 2010).

Assim, a moradia da pessoa deve ser digna, segundo a Constituição brasileira. A moradia não é considerada digna se não possui uma parcela mínima de regularidade arquitetônica e ambiental comparada com o que a sociedade pode oferecer para as moradias consideradas dignas. Esse padrão mínimo de formalidade inclui os serviços de fornecimento de água, energia elétrica, esgotamento sanitário e pluvial, transporte, vias de acesso com pavimentação, habitações em lotes ambientalmente adequados, entre outros. A falta de acesso a estes padrões, considerada informalidade, é preocupação nas grandes capitais (MARIGONI, 2011), especialmente no Brasil. Esse problema de dignidade da moradia atinge as pessoas de baixa renda, pela característica da estrutura histórico-social de acesso à moradia. No sentido histórico do urbanismo, Costa (2009, p. 45) refere a Carta do Urbanismo para compreender as cidades modernas.

2.2 A moradia digna por meio de regularização fundiária

Diante da realidade do direito à moradia e ainda para dar eficácia a este direito social, há tempo as leis brasileiras fazem a previsão de "regularização fundiária" (Lei 10.257 de 2001, artigo 2º). Nos termos da Lei 11.977 de 2009, artigo 46, que apesar de revogada ainda é aplicável para as situações administrativas em curso, a regularização fundiária é um conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais dirigidas a pessoas de baixa renda para tornar digna suas moradias. De forma semelhante, a Lei 13.465 de 2017 que atualmente dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana (PEDROSO, 2018), preceitua que a regularização fundiária urbana (REURB) abrange medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais destinadas à incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e à titulação de seus ocupantes.

Veja-se, todavia, que a dignidade da moradia no sentido da regularidade da posse e propriedade não é dirigida apenas às pessoas de baixa renda, mas a todos aqueles

que, apesar de condições em padrão adequado de serviços urbanos, não possuem regularidade registral da sua propriedade. Assim foi a opção dessa Lei 13.465 de 2017 ao distinguir duas modalidades de REURB em seu art. 13: " I - Reurb de Interesse Social (Reurb-S) - regularização fundiária aplicável aos núcleos urbanos informais ocupados predominantemente por população de baixa renda, assim declarados em ato do Poder Executivo municipal; e II - Reurb de Interesse Específico (Reurb-E) - regularização fundiária aplicável aos núcleos urbanos informais ocupados por população não qualificada na hipótese de que trata o inciso I deste artigo". As modalidades têm sido diferenciadas pela doutrina (CORREIA, 2017), mantendo-se a ideia constitucional da dignidade da moradia.

Portanto, essas leis consideram dois sentidos da regularização fundiária, pois têm como base a ideia de que moradia digna é aquela que tem: i) a infraestrutura e condições urbanas mínimas segundo as leis locais e ii) a propriedade e a posse regular de acordo com a lei civil.

Desde a origem no pós-constituição, a Lei 10.257 de 2001, que é chamada de Estatuto das Cidades, permite aos Municípios, instituir as políticas urbanísticas e de regularização fundiária. Nesse sentido, Saule Jr. (2006, p. 221) refere a necessidade de analisar o direito à moradia como núcleo central do direito à cidade sustentável prevista no Estatuto da Cidade.

O significado e a importância da regularização fundiária, em todos os seus aspectos, tem sido discutida há tempos na doutrina brasileira. Nesse sentido ALFONSIN (2007, p.35):

> [...] em cujo processo, sob os aspectos jurídico, físico e social, objetiva legalizar a permanência de populações moradoras de áreas urbanas ocupadas irregularmente para fins de habitação, implicando acessoriamente melhorias no ambiente urbano, no resgate da cidadania e da qualidade de vida da população beneficiária.

A política urbana, portanto, é entendida como um setor de atuação do estado que trata da ordenação do território das cidades, mediante alocação do espaço entre os diversos usos que o disputam (PINTO, 2014, p. 46). Nesse sentido, a política urbana é essencialmente da competência do Município.

Fica claro, então, que o objetivo da regularização fundiária é assegurar o direito social à moradia digna prevista na Constituição brasileira. Em sentido próximo, Mukai (2007, p. 66) afirma: "o direito à moradia não se resume a programas habitacionais, mas sim às condições de habitabilidade proporcionadas pelos centros urbanos". Disso se vê ideia do amplo conteúdo do direito à moradia digna.

A regularização fundiária abrange duas situações distintas: tanto os casos de loteamento irregular como de ocupação clandestina. Em ambos os casos as pessoas estão morando sem a propriedade formal da área. Nesse sentido, Maluf (2012, p. 850) faz a distinção:

Existe, entretanto, uma diferença entre loteamento clandestino e irregular. O clandestino é aquele que não tem aprovação alguma, nem no registro de imóveis, nem na prefeitura, nem nada, o irregular, é aquele que a pessoa consegue aprovar na prefeitura, mas não leva o registro imobiliário esse é menos grave, pois já foi começado parte desse processo de loteamento.

Nesses casos a regularização fundiária tem dois significados principais. O primeiro é assegurar os serviços básicos para a dignidade da moradia, como fornecimento de água, energia elétrica, alguma forma de pavimentação e de esgotamento sanitário, bem como escoamento pluvial adequada à área, serviços estes que, segundo a Lei nº 6.766 de 1979, deveriam ter sido implantados pelo loteador da área (proprietário regular da área total). O segundo significado é a segurança individual da posse ou da propriedade da área que serve como moradia. Essa segurança deve ser observada sob a perspectiva de todas as pessoas que lá vivem, ultrapassando o interesse apenas individual.

Nesse contexto, pode-se classificar duas situações: loteamentos irregulares e ocupações clandestinas (nos dois casos as pessoas moram em locais em que não têm propriedade e nem posse reconhecida juridicamente por instrumento legal próprio). Em ambos os casos os moradores, em geral, não tem atendido o direito à moradia digna em seus dois aspectos: serviços de infraestrutura urbanística e regularidade da posse e da propriedade.

3 | ASPECTOS JURÍDICOS E FINANCEIRO-ORÇAMENTÁRIOS DO CONTEÚDO DO DIREITO À MORADIA DIGNA POR MEIO DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA

3.1 Aspectos jurídicos para realização do direito à moradia digna

Para os casos de regularização de *loteamentos irregulares*, as providências de segurança da posse e/ou propriedade passam por soluções coletivas. A solução pode ser por instrumentos urbanísticos de registro do loteamento com regimes de registro mais facilitados, com regulação administrativa da corregedoria do Tribunal de Justiça (chamado Regulamento More Legal), ou por instrumentos como a demarcação urbanística prevista pela Lei nº 11.977/09, apenas para os casos de regularização já iniciados antes da revogação dessa lei, ou ainda pelos instrumentos da REURB-S ou REURB-E da Lei 13.465 de 2017. Isso porque, com esses tipos de instrumentos, é possível regularizar a propriedade por meio de um único procedimento que resultará, ao final, na abertura de matrículas individualizadas (registros de propriedade) em nome de cada morador, de acordo com seu lote.

Nesse sentido é competência municipal a implementação de regularização jurídica nas áreas da cidade em que, mesmo que haja alguma infraestrutura básica (muitas vezes

abastecimento de água e luz) ainda é preciso a regularização jurídica da posse e da propriedade.

O instrumento da concessão do título de legitimação de posse pelo município, que se converterá em propriedade sem qualquer intervenção do Poder Judiciário, previsto na Lei nº 11.977 de 2009, artigo 60, foi utilizado e ainda está em tramitação em poucos casos. Veja-se a previsão legal:

> Art. 60. Sem prejuízo dos direitos decorrentes da posse exercida anteriormente, o detentor do título de legitimação de posse, após 5 (cinco) anos de seu registro, poderá requerer ao oficial de registro de imóveis a conversão desse título em registro de propriedade, tendo em vista sua aquisição por usucapião, nos termos do art. 183 da Constituição Federal.

De outro lado, já estão sendo aplicados de forma ampla, os instrumentos da REURB-S ou REURB-E da Lei 13.465 de 2017. Veja-se a previsão do seu art. 9º:

> Art. 9º Ficam instituídas no território nacional normas gerais e procedimentos aplicáveis à Regularização Fundiária Urbana (Reurb), a qual abrange medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais destinadas à incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e à titulação de seus ocupantes.
>
> § 1º Os poderes públicos formularão e desenvolverão no espaço urbano as políticas de suas competências de acordo com os princípios de sustentabilidade econômica, social e ambiental e ordenação territorial, buscando a ocupação do solo de maneira eficiente, combinando seu uso de forma funcional.
>
> § 2º A Reurb promovida mediante legitimação fundiária somente poderá ser aplicada para os núcleos urbanos informais comprovadamente existentes, na forma desta Lei, até 22 de dezembro de 2016.

Importante ressaltar que para aplicação prática dos instrumentos da REURB-S e REURB-E e para a formulação dos procedimentos, tem sido de valia o debate realizado em conjunto com os registradores de imóveis (PAIVA, 2018).

Nos procedimentos de regularização fundiária, uma vez cadastradas as áreas onde haverá atuação municipal, se inicia pela elaboração de um Projeto de Regularização da área total com definição das partes de terra para cada um e das áreas de uso comum como, por exemplo, praças e escolas. Depois de feito o Projeto e aprovado no órgão administrativo municipal específico, ainda é preciso registrar as propriedades no Registro de Imóveis para que seja regularizada a propriedade de cada família. Os requerimentos administrativos podem ser de iniciativa municipal, dos interessados e de outros órgãos, conforme previsão na Lei 13.465 de 2017.

Um dos dados importantes sobre o andamento destes processos de regularização é a participação das pessoas, moradores do local, que devem ter contato constante com

todas as fases do processo. Em muitos casos deve ser estimulada a criação de associações de moradores e cooperativas habitacionais para que haja mais participação em todo o processo.

Até aqui foram expostas as questões de regularização de loteamentos irregulares de forma coletiva. De outro lado, no caso de *ocupações clandestinas*, em que não houve previamente um loteador que iniciou um Projeto regular para aprovação municipal, em geral a ocupação de lotes é bem mais desorganizada, com vias (ruas) públicas consolidadas, com metragens muito distintas e às vezes de largura insuficiente e, assim, com maior dificuldade de registro de todo um loteamento. Por se tratarem de ocupações consolidadas no tempo, em geral já foram resolvidos problemas básicos de acesso a serviços mínimos, então colocados à disposição, nos limites da sua competência, pelo município. No caso de já se ter iniciado por algumas pessoas, por meio de seus advogados, processos individuais de obtenção de propriedade de cada lote por meio de ações de usucapiões individuais junto ao Poder Judiciário, o município acaba por dar continuidade a essa forma de regularização fundiária que depende do Poder Judiciário.

Alguns casos de regularização fundiária no Município de Porto Alegre são acompanhados pelo CEJUSC – Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. No caso, são processos possessórios em curso, que estão em fase de conciliação e que foram suspensos e remetidos a este órgão. O objetivo é que um processo litigioso envolvendo posse e propriedade possa originar tratativas de regularização da área com titulação aos ocupantes, com a final regularização da área. O papel do judiciário na condução de solução conciliada nos casos de regularização fundiária em que há conflito judicial tem crescido de importância em muitos municípios do Brasil.

De outro lado ainda, permanecem em tramitação muitos processos judiciais mais antigos, em que a solução jurídica para assegurar o direito à moradia digna incluía o ingresso com ações de usucapião individuais junto ao Poder Judiciário. No caso do Município de Porto Alegre, tais ações eram interpostas pela Procuradoria do Município com base na Lei municipal de Porto Alegre nº 7.433 de 1994. Essa lei permite que a procuradoria atue com procurador como advogado gratuito, representando pessoas individuais em loteamentos originados clandestinamente, e hoje consolidados, quando uma política de registro do loteamento como um todo se torna demasiadamente complexa.

Portanto, o fundamento legal para a regularização fundiária por meio de representação de partes individuais em ação de usucapião está no art. 4º da Lei nº 7.433 de 1994, uma vez que se trata de cidadãos necessitados:

> Art. 4º - À Assistência Jurídica Municipal compete:
>
> I — atuar na defesa dos interesses dos cidadãos e entidades municipais necessitados, em questões relativas à regularização fundiária de terrenos urbanos, fornecendo orientação jurídica, promovendo ações, contestando, reconvindo e recorrendo.

Também ainda é forma de regularização fundiária individual ou coletiva quando a defensoria pública ingressa com ação judicial de usucapião em nome de seus assistidos.

Na questão dos requisitos para ingresso com essas ações de usucapião, como já se disse, em que pese se tratar de usucapiões individuais, todas as ações fazem parte da regularização fundiária pelo contexto da ocupação. O fundamento jurídico de todas essas ações é a usucapião prevista na Constituição de 1988, regulado da mesma forma pelo Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/01) e pelo Código Civil. Vejam-se os dispositivos:

> Art. 183 da Constituição de 1988:
>
> Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinqüenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.
>
> § 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.
>
> § 2º Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.
>
> § 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

> Art. 9º Estatuto da Cidade
>
> Art. 9º Aquele que possuir como sua área ou edificação urbana de até duzentos e cinqüenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.
>
> § 1º O título de domínio será conferido ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.
>
> § 2º O direito de que trata este artigo não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

> Art. 1240 do Código Civil
>
> Art. 1.240. Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinqüenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.
>
> § 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.
>
> § 2º O direito previsto no parágrafo antecedente não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

Como se percebe, todos os dispositivos apresentam requisitos semelhantes para o reconhecimento da usucapião como modo de aquisição da propriedade: a) área ou edificação urbana privada de até 250 m²; b) uso para moradia; c) prazo de 5 anos de posse sem oposição; d) o possuidor não pode ser proprietário de outro imóvel.

De outra parte, ainda que sem posição final do Supremo Tribunal Federal, a discussão sobre a possibilidade de usucapião de área menor que 250 m² em edificação (apartamentos em edifício, por exemplo) parece ter perdido o sentido diante da previsão expressa no art. 9º do Estatuto da Cidade quando menciona "área ou edificação urbana". Nesse sentido, já se entendia com Schäfer (2003) desde o início da vigência do Estatuto da Cidade, e também hoje, Mendes sustenta que não poderia haver uma "distinção hermenêutica que excepcionasse os imóveis edificados da incidência do usucapião" (2014, p. 354).

Por fim, é possível ainda observar sobre os requisitos para adquirir a propriedade por meio de usucapião (SCHÄFER, 2003), que não se exige a prova de justo título e boa fé, basta a moradia, e ainda a prova de não ser proprietário de outro imóvel urbano se faz pela certidão negativa dos Registros de Imóveis do município onde se localiza o imóvel objeto do pedido de usucapião.

Portanto, atualmente, para a condução da regularização fundiária por meio da ação de usucapião individual junto ao Poder Judiciário, é possível ingressar com a ação judicial de usucapião, representando o morador que pretende ter assegurada a segurança da propriedade. A petição inicial deve ser instruída com descrição dos fatos da posse para moradia, os fundamentos jurídicos do pedido (constitucional, estatuto da cidade e código civil, como retro) e a prova do seu direito, juntando planta do imóvel a ser usucapido, com memorial descritivo, ambos firmados por técnico (engenheiro, por exemplo), com Anotação de Responsabilidade Técnica. É necessária a citação do proprietário oficial (isto é constante do Registro) da área total onde se insere o imóvel objeto da posse e a citação dos confrontantes, além de expedição de edital para os réus em lugar incerto e os eventuais interessados. Serão intimados os representantes das Fazendas Federal, Estadual e Municipal para dizer do interesse, tendo em vista que não é possível a usucapião de área pública. O representante do Ministério Público intervém no processo, obrigatoriamente.

Todavia, foi aprovada, em 16 de março de 2015, a Lei nº 13.105, o novo Código de Processo Civil, que passou a vigorar desde 18 de março de 2016. E o processo de usucapião sofreu várias alterações segundo essa nova lei, sem alterar a estrutura inicial das ações.

Mas a grande alteração foi a criação de um processo de usucapião que não é feito junto ao Poder Judiciário, mas diretamente junto ao serviço de Registro de Imóveis. É um processo de natureza administrativa, em que o novo Código de Processo Civil, no art. 1.071 trouxe alterações significativas na Lei de Registros Públicos, Lei nº 6.015/73, criando esta figura do usucapião extrajudicial (ou administrativo). O art. 1.071. O Capítulo III do

Título V da Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei de Registros Públicos), passa a vigorar acrescida do art. 216-A em que se arrola o procedimento.

De início, pode parecer um avanço no sentido de um movimento para evitar a demora dos processos junto ao Poder Judiciário, para dar celeridade na sua resolução. Em olhar mais detalhado, entretanto, percebe-se o contrário.

Esse pedido de usucapião extrajudicial previsto a partir da alteração da Lei de Registros Públicos pelo novo Código Civil constitui uma nova regulamentação, ainda não antes prevista na ordem jurídica. Mas os efeitos dessa alteração podem não trazer celeridade ou maior grau de efetivação ao direito fundamental à moradia em razão de sua regulação com mais requisitos, que o atual regime. Fica mais complexa exatamente a fase de citações e intimações, que é a mais demorada. Ademais, ainda exige presença de advogado, mesmo sendo em âmbito não judicial, o que não simplifica os procedimentos para os moradores de baixa renda. Por várias destas razões parece que tal forma de usucapião individual não tem papel relevância na regularização fundiária.

Explica-se que atualmente há certo consenso no sentido de que a regularização jurídica por instrumentos individuais como usucapião deve ser utilizada de forma excepcional, pois a ideia é substituir a solução individual por soluções coletivas.

3.2 Aspectos financeiro-orçamentários para realização do direito à moradia digna

Cidades como Porto Alegre, no sul do Brasil, de porte médio, mas também cidades maiores e menores, um problema antigo da urbanização segundo SILVA (2010, p.381), têm dificuldade de afirmar que seus moradores tem acesso à infraestrutura e condições urbanas mínimas, incluindo os serviços de fornecimento de água, energia elétrica, esgotamento sanitário e pluvial, transporte, vias de acesso com pavimentação e habitações em lotes ambientalmente adequados. E se não forem identificados tais serviços mínimos, não é possível caracterizar as moradias como dignas.

Como já se afirmou, segundo a legislação, é dever do loteador fornecer a infraestrutura mínima necessária inicial ao implantar o parcelamento do solo, mas não é o que ocorre em muitos casos. Diante da falta de serviços, o poder público é instado a fornecer a infraestrutura e condições mínimas de moradia, serviços estes que, como se disse, segundo a Lei nº 6.766 de 1979, deveriam ter sido implantados pelo loteador da área (proprietário regular da área total).

O que ocorre em geral é a reivindicação da comunidade pelos serviços de infraestrutura relacionados à moradia digna, já que o loteador, em regra, pelas mesmas razões pelas quais não concluiu o processo do registro do loteamento, também não implementou os serviços a que estava obrigado. Veja-se, inclusive, que o loteador que não implementou os serviços básicos de fornecimento de água, energia elétrica, alguma forma

de pavimentação e de esgotamento sanitário, bem como escoamento pluvial adequada à área, como se disse, está incorrendo em crime previsto pela Lei nº 6.766/79 no seu artigo 50:

> Art. 50. Constitui crime contra a Administração Pública.
>
> I - dar início, de qualquer modo, ou efetuar loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos, sem autorização do órgão público competente, ou em desacordo com as disposições desta Lei ou das normas pertinentes do Distrito Federal, Estados e Municípios.

A infraestrutura urbanística (assim como também de posse e propriedade, cujas soluções jurídicas já se descreveu), portanto, é responsabilidade do loteador (que se não o fiz poderá ser processado em juízo) ou em caso de não implantação efetiva pelo loteador, o Município deverá fazê-lo. As providências do Município serão ações judiciais ou, em caso de a solução não for realizada no Poder Judiciário, dependerá de verba pública disponível para as melhorias.

Nesse sentido a doutrina no Brasil (ALFONSIN e FERNANDES, 2006) refere que também se regulariza fazendo obras de infraestrutura que não foram feitas por aqueles que parcelaram o solo. Um dos elementos essenciais, portanto do direito à moradia digna.

A questão da disponibilidade orçamentária é relevante, pois exige planejamento e organização de prioridades, e, deve-se lidar com a realidade da finitude de recursos diante das demandas sempre crescentes pelo acesso às condições urbanas.

Para a implantação dos serviços, é relevante a participação da comunidade, em uma parceria com o poder público para implantação dos serviços de infraestrutura mínima necessária para caracterizar a dignidade da moradia. É possível instrumentalizar essa parceria a partir de aproximação da comunidade de forma direta, por líderes comunitários, instrumentos como orçamento participativo e ainda pela organização de associações de moradores e cooperativas habitacionais.

O papel dos Conselhos Municipais também desempenha fundamental aporte para a organização dos debates sobre as prioridades de urbanização na cidade. Conselhos como de Habitação e de Desenvolvimento Urbano Ambiental, com participação por regiões da cidade, auxiliam nas decisões do orçamento público destinado à infraestrutura.

Por fim, é certo que as dificuldades financeiro-orçamentárias não são de todo intransponíveis e nesse sentido cabe referir a ideia de JACOBS (2011, p. 295): “As cidades vivas têm uma estupenda capacidade natural de compreender, comunicar, planejar e inventar o que for necessário para enfrentar as dificuldades.” Entende-se que não é tarefa fácil à cidade realizar o direito da moradia digna, mas de qualquer forma é possível.

4 I CONCLUSÕES

Ao final, resta claro que o direito social à moradia, no Brasil, deve ser entendido como direito à moradia digna e que tal se relaciona a dois aspectos: a) a existência de infraestrutura urbanística, incluindo os serviços de fornecimento de água, energia elétrica, esgotamento sanitário e pluvial, transporte, vias de acesso com pavimentação e habitações em lotes ambientalmente adequados e b) a regularidade jurídica da posse e da propriedade, segundo as leis civis.

A regularização fundiária é a forma de enfrentamento para realização do direito à moradia digna e em geral se utilizam dois tipos de instrumentos para regularização fundiária da posse e da propriedade: i) ações judiciais de usucapião individual junto ao Poder Judiciário, como forma de regularização fundiária para obtenção do direito à propriedade da moradia e ii) procedimentos administrativos, de acordo com a legislação de regularização fundiária, baseada em projetos urbanísticos de toda a área utilizada pelos moradores, de modo a aprovar e registrar as propriedades individuais Esse direito significaria o aspecto de segurança do direito fundamental à moradia.

De outro lado, há desafios financeiros e orçamentários para serem enfrentados, diante da necessidade de implementação de infraestrutura urbanística mínima. Esses desafios devem ser enfrentados com a participação ativa da própria comunidade envolvida junto ao poder público.

A realização do direito à moradia por meio da regularização fundiária demanda o exercício das competências municipais em parceria com os moradores, por meio de ações administrativas com participação e transparência, para dar conteúdo e efetividade ao direito social à moradia digna.

REFERÊNCIAS

ALFONSIN, Betânia. O significado do estatuto da cidade para os processos de regularização fundiária no Brasil. In: ROLNIK, Raquel et al. *Regularização fundiária sustentável* - conceitos e diretrizes, Brasília, Ministério das Cidades, 2007.

BRASIL. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 01 jul. 2021.

_____. *Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973.* Lei de Registros Públicos. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015original.htm>. Acesso em: 01 jul. 2021.

______. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 01 jul. 2021.

______. *Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001*. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <http://

www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em 01 jul. 2021.

______. *Lei nº 11.977, de 07 de julho de 2009.* Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nºs 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória no 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm>. Acesso em: 01 jul. 2021.

_______. Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União; altera as Leis nos 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, 13.001, de 20 de junho de 2014, 11.952, de 25 de junho de 2009, 13.340, de 28 de setembro de 2016, 8.666, de 21 de junho de 1993, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 12.512, de 14 de outubro de 2011, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), 11.977, de 7 de julho de 2009, 9.514, de 20 de novembro de 1997, 11.124, de 16 de junho de 2005, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 10.257, de 10 de julho de 2001, 12.651, de 25 de maio de 2012, 13.240, de 30 de dezembro de 2015, 9.636, de 15 de maio de 1998, 8.036, de 11 de maio de 1990, 13.139, de 26 de junho de 2015, 11.483, de 31 de maio de 2007, e a 12.712, de 30 de agosto de 2012, a Medida Provisória no 2.220, de 4 de setembro de 2001, e os Decretos-Leis nos 2.398, de 21 de dezembro de 1987, 1.876, de 15 de julho de 1981, 9.760, de 5 de setembro de 1946, e 3.365, de 21 de junho de 1941; revoga dispositivos da Lei Complementar no 76, de 6 de julho de 1993, e da Lei no 13.347, de 10 de outubro de 2016; e dá outras providências. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm. Acesso em: 01 jul. 2021.

______. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 01 jul. 2021.

______. *Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979*. Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L6766.htm>. Acesso em: 01 jul. 2021.

CORREIA, Jonas Ricardo. *Usucapião - Regularização Fundiária Rural e Urbana.* 3ª Ed. Leme: Ed. Contemplar, 2017.

COSTA, Carlos Magno Miqueri da. *Direito Urbanístico Comparado*. Curitiba: Juruá, 2009.

FERREIRA, Regina F. C. F. e BIASOTTO, Rosane C. Políticas Públicas e Direito à Cidade: Política Habitacional e o Direito à Moradia Digna. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2012. Acessado em: 09 jul. 2021. Disponível em: https://observatoriodasmetropoles.net.br/arquivos/biblioteca/abook_file/caderno_direitomoradia.pdf

FREITAS, Juarez. *Interpretação sistemática do Direito*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

JACOBS, Jane. *Morte e Vida de Grandes Cidades*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

LOJKINE, Jean. *O Estado Capitalista e a Questão urbana*. São Paulo, Martin Fontes, 1997.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. Limitações ao direito de propriedade. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.* v. 106, n. 106-107, p. 839-855, 2012.

MARIGONI, Gilberto. Nossas cidades estão ficando inviáveis. Entrevista com Erminia Maricato [27

jul. 2011]. *Desafios do Desenvolvimento IPEA*, São Paulo, ano 8, ed. 66, 2011. Disponível em: <http://desafios.ipea.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2508:catid=28&Itemid=23>. Acesso em: 01 jul. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MUKAI, Toshio. *Temas Atuais de Direito Urbanístico e Ambiental*. Belo Horizonte: Forum, 2007.

PAIVA, João Pedro Lamana. *Regularização Fundiária*. Disponível em http://registrodeimoveis1zona.com.br/wp-content/uploads/2017/09/Regularizacao_Fundiaria_TOTAL.pdf Acesso em 25 set.2018.

PEDROSO, Alberto Gentil De Almeida. *Regularização Fundiária - Lei 13.465/2017.* São Paulo: RT, 2018.

PINTO, Victor Carvalho. *Direito Urbanístico.* 4. ed. rev. São Paulo: RT, 2014.

PORTO ALEGRE. *Lei Municipal nº 7.433, de 06 de junho de 1994*. Cria a Assistência Jurídica Municipal junto a Procuradoria-Geral do Município, cria cargos e da outras providencias. Disponível em: <http://www2.portoalegre.rs.gov.br/pgm/default.php?reg=2&p_secao=71>. Acesso em: 01 jul. 2021.

SAULE Jr., Nelson. Instrumentos de Monitoramento do Direito Humano à moradia adequada. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia. *Direito Urbanístico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SCHÄFER, Gilberto. Aspectos da usucapião especial urbana na constituição e no estatuto da cidade. *Revista da Ajuris*, v. 89, p. 71, mar. 2003.

SILVA, José Afonso. *Teoria do Conhecimento Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, José Afonso. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 6º edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

UNHABITAT. The right to adequate housing. Fact Sheet nº 21/Rev.1. Acessado em: 09 jul 2021. Disponível em: https://unhabitat.org/sites/default/files/documents/2019-05/fact_sheet_21_adequate_housing_final_2010.pdf

CAPÍTULO 5

ENTREVISTA/OITIVA DE CRIANÇAS E FALSAS MEMÓRIAS

Data de aceite: 04/08/2022

Fabiano Justin Cerveira
Doutorando em Ciências Criminais pela PUC/RS. Mestre em Ciências Criminais e Especialista em Ciências Penais. Professor Universitário (graduação e pós-graduação). Professor das Faculdades João Paulo II. Membro da Comissão de Estágio e Exame de Ordem da OAB/RS. Advogado.

> overzealous and inadequately trained investigators, perhapes unaware of the grave dangers of using improper interviewing and investigative techniques, questioned these children and parents in a climate of panic, if not hysteria, creating a highly prejudicial and irreparable set of mistakes. These grave errors led the testimony of the childrem being forever tainted[1]
>
> (Mary de Young, 2004)

RESUMO: O presente artigo, "Entrevista/oitiva de crianças e falsas memórias", tem por finalidade analisar a produção de provas no processo penal, especificamente o depoimento de crianças e a ocorrência de falsas memórias. Será abordado o conceito de provas, o mito da verdade real no processo penal, os procedimentos que devem ser adotados para a realização de entrevistas e oitivas de crianças, bem como o tema das falsas memórias, destacando, ainda, julgados no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.
PALAVRAS-CHAVE: Provas. Depoimento. Criança. Falsas Memórias.

ABSTRACT: This article, "Interview / hearing of children and false memories", aims to analyze the production of evidence in criminal proceedings, specifically the testimony of children and the occurrence of false memories. The concept of evidence, the myth of the real truth in criminal proceedings, the procedures that must be adopted for conducting interviews and interviews with children, as well as the theme of false memories, will also be highlighted, judging in the Court of Justice of the Rio Grande do Sul.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por escopo tratar das provas no processo penal, especificamente a entrevista/oitiva de crianças e as falsas memórias, tema que precisa ser abordado de forma aprofundada em nossa doutrina e jurisprudência, visto que nosso sistema processual penal atribui grande relevância a prova oral produzida. É imperioso uma mudança cultural e procedimental,

1. Investigadores excessivamente zelosos e inadequadamente treinados, talvez inconscientes dos graves perigos do uso de entrevistas e técnicas investigativas impróprias, questionaram essas crianças e pais em um clima de pânico, se não de histeria, criando um conjunto de erros altamente prejudicial e irreparável. Esses graves erros fizeram com que o testemunho da criança fosse contaminado para sempre.

criando-se mecanismos e estrutura para que os órgãos de persecução realizem a produção probatória de forma científica, que a escuta de crianças seja realizada por profissionais qualificados, afastando-se a subjetividade da prova oral, a falsa acusação ou ainda as falsas memórias.

Nesse sentido, importante que todos os atores processuais troquem conhecimento com outras áreas, principalmente quando falamos em prova oral - depoimentos de vítimas - da psicologia jurídica, com objetivo de proteger e verificar se a prova colhida não sofreu influências externas, contaminando os elementos produzidos e potencializando injustas imputações criminais. A sugestionabilidade é um elemento que deve ser verificado, sendo fundamental ao entrevistador evitar tal situação. Assim, a escuta especializada e o depoimento especial devem respeitar procedimentos, compreendendo que a memória de crianças é vulnerável.

CONCEITO DE PROVAS E O MITO DA VERDADE REAL

Podemos conceituar prova como sendo os elementos de que se utilizam os atores processuais para comprovar os fatos da causa. O processo, nesse sentido, tem finalidade retrospectiva, buscando elementos do passado para justificar uma sentença:

> A prova, assim, é a verificação do *Thema probandum* e tem como principal finalidade (ou objeto) o convencimento do juiz. Tornar os fatos, alegados pelas partes, conhecidos do juiz, convencendo-o de sua veracidade. Portanto, o principal destinatário da prova é o juiz; porém, não podemos desconsiderar que as partes são também interessadas e, consequentemente, destinatárias indiretas das provas, a fim de que possam aceitar ou não a decisão judicial final como justa. (RANGEL, 2015, p 62).

A prova é o meio pelo qual o julgador chega a uma conclusão, decidindo de forma devidamente fundamentada, conforme previsto em nossa Constituição Federal e Código de Processo Penal, convencendo-se da (in)ocorrência dos fatos juridicamente relevantes para o julgamento do processo. Importante referir que a verdade absoluta é algo inatingível e hoje a doutrina já aborda a busca por uma verdade processual, afastando-se o termo “verdade real”. Quando tratamos de processo penal, produção de provas e sentença, não temos mais espaço para falarmos em “verdade real” ou que o processo busca atingir tal fim. O que se espera dentro de uma reconstrução realizada e que respeita as regras procedimentais é algo o mais próximo possível do que de fato ocorreu, denominando-se assim, de verdade processual. A busca pela verdade não pode justificar qualquer medida, os fins não justificam os meios. Vivenciamos em muitos processos a contaminação do relato, principalmente pela forma dos questionamentos durante a reconstrução dos fatos passados. Na busca de provas é fundamental que se respeite a dignidade da pessoa

humana[2], a proteção a intimidade, o devido processo legal, entre outros direitos adquiridos ao longo de décadas.

> A "verdade" atingida no processo - e também fora dele - nada mais é do que um elevado ou elevadíssimo grau de probabilidade de que o fato tenha ocorrido como as provas demonstram. Por outro lado, a certeza, enquanto aspecto subjetivo da verdade, também é relativa. O juiz tem certeza de um fato quando, de acordo com as provas produzidas, pode reacionalmente considerar que uma hipótese fática é a preferível entre as possíveis. Ou seja, em linguagem mais simples, o juiz tem certeza quando as provas o fazem acreditar que o seu conhecimento é verdadeiro. (BADARÓ, 2015, p. 35).

Não podemos admitir que o processo penal se vincule ao mito da verdade real, sob pena de afastarmos limites técnicos e éticos na produção probatória, sendo fundamental a construção de provas periciais de forma adequada. O sistema penal é seletivo, sendo assim, fundamental limitar e definir o espaço de poder[3]. No que tange ao mito da verdade real "está intimamente relacionado com a estrutura do sistema inquisitório; com o "interesse público" (cláusula geral que serviu de argumento para as maiores atrocidades); com sistemas políticos autoritários; com a busca da uma "verdade" a qualquer custo (chegando a legitimar a tortura em determinados momentos históricos); e com a figura do juiz-ator (inquisidor)" (LOPES JR., 2020). A prova deve ser produzida em respeito aos princípios, normas e garantias previstas, não só no ordenamento interno, como nos pactos internacionais que o país é signatário. Desrespeitar tais procedimentos, principalmente na realização de depoimentos da vítima e testemunhas viola o devido processo, devendo o Estado garantir a colheita da prova. No que tange ao objeto da prova, destaca-se que é o acontecimento levado ao juiz, com objetivo de que se possa emitir um juízo de valor, ou seja, é o *thema probandum* que serve de base à imputação penal feita pelo Ministério Público. No processo penal,

> "os fatos, controvertidos ou não, necessitam ser provados, face aos princípios da verdade processual e do devido processo legal, pois, mesmo que o réu confesse todos os fatos narrados na denúncia, sua confissão não tem valor absoluto, devendo ser confrontada com os demais elementos de prova dos autos". (RANGEL, 2015, p. 17).

Quando tratamos das provas no Código de Processo Penal brasileiro, nosso

---

2. "A ideia de dignidade da pessoal humana trespassa e repassa todos os direitos fundamentais, impregnando-os de uma dimensão mínima insuscetível de lesão, de tal modo que quaisquer que sejam as limitações que se imponham, no gozo dos seus direitos individuais, eles não devem envolver o menosprezo da dignidade e estigma das pessoas. Não obstante as inevitáveis imprecisões na determinação de conteúdo da "dignidade humana", sempre se dirá, sem temor e dúvidas, que ela surge como um limite e parâmetro objectivo de avaliação de toda actividade do Estado, nomeadamente daquela que se traduz em efeitos restritivos da autonomia e liberdades das pessoas com protecção constitucional" (RODRIGUES, 2010).
3. A seletividade estrutural do sistema - que só pode exercer seu poder regressivo legal em um número insignificante das hipóteses de intervenção planificadas - é a mais elementar demonstração da falsidade da legalidade processual proclamada pelo discurso jurídico-penal. Os órgãos executivos tem "espaço legal" para exercer poder repressivo sobre qualquer habitante, mas operam quando e contra quem decidem (ZAFFARONI, 2001).

legislador destaca uma série de elementos de prova, como o interrogatório do acusado, depoimento de testemunhas, acareações, documentos, dentro outros, regulando não só a produção das provas, mas também normas gerais e critérios utilizados pelo julgador na valoração dos elementos produzidos. Nesse sentido, importante destacar recentes mudanças que apontam de forma cristalina o caráter acusatório do nosso sistema e a busca pelo controle do poder punitivo e separação da função das partes.

DAS PROVAS: ENTREVISTA/OITIVA DE CRIANÇAS

Quando abordamos a atividade probatória, principalmente a oitiva da vítima e testemunhas, precisamos que regras procedimentais sejam respeitadas, não só em relação ao conteúdo produzido, mas principalmente em relação a forma da produção do relato.

> Do ponto de vista terminológico, o legislador procurou distinguir o ofendido da testemunha. O ofendido presta "declaração" (CPP, art. 201, caput), enquanto a testemunha presta "depoimento" (CPP, art. 204). A oitiva do ofendido é um dever do juiz, que a realizará "sempre que possível" (CPP, art. 201, caput). As testemunhas somente serão ouvidas se forem arroladas pelas partes (CPP, arts. 41 e 395) ou se o juiz, de ofício, determinar suas oitivas (CPP, art. 209, caput). O ofendido não tem o dever de falar a verdade, não presta compromisso e não comete crime de falso testemunha (CP, art. 342), caso falte com a verdade. Já as testemunhas prestam compromisso de dizer a verdade (CPP, art. 203) e, caso mintam ou calem a verdade, poderão ser processadas por falso testemunho (CP, art. 342). O ofendido, contudo, poderá responder pelo crime de denunciação caluniosa se der causa à instauração de investigação policial ou de processo judicial contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente (CP, art. 339). (BADARÓ, 2015, p. 94).

Importante frisar que o juiz necessita de elementos seguros para proferir uma sentença penal condenatória e qualquer atividade probatória de ofício realizada pelo juízo, mesmo que prevista em nosso Código de Processo Penal viola o sistema acusatório. Ainda, em relação a entrevista/oitiva de crianças, tema que causa grande debate relaciona-se as falsas memórias, elemento muito discutido em processos da área de família e criminal quando envolve suposta violência sexual. Um caso de grande repercussão no Brasil foi o da Escola Base em São Paulo no ano de 1994, onde algumas pessoas foram acusadas da prática de crimes sexuais e, ao final da investigação, restaram claramente reconhecidas as falsas memórias nos depoimentos prestados, inclusive com órgãos de imprensa condenados a indenizar os acusados.

Inúmeros casos são divulgados onde a prova de DNA afasta a autoria, mesmo diante de um relato até então seguro. Tal tema é tão complexo e relevante que atualmente existem projetos voltados exclusivamente para verificar casos onde a prova técnica pode reverter injustas condenações baseadas na prova oral[4]. Quantas avaliações descumprem

4. The Innocence Project, founded in 1992 by Peter Neufeld and Barry Scheck at Cardozo School of Law, exonerates the

normas, sendo os depoimentos realizados em desrespeito aos protocolos quando da realização de entrevistas com crianças vítimas de abuso, proporcionando declarações sugestionadas, contaminando-se respostas e elementos produzidos naquele momento. Perguntas fechadas, repetidas, sugestionadas, repetição de entrevistas e ambiente inadequado são alguns exemplos de situações que podem levar a sugestionabilidade. Na entrevista/oitiva de crianças, o profissional responsável pelo depoimento deve garantir a proteção integral da mesma. Uma sugestão externa pode levar a falsas memórias e um profissional qualificado reconhecerá tal situação quando da entrevista.

É nesse sentido que a prova deve ser produzida por profissionais qualificados, sob pena de todo aquele relato ser inutilizado por contaminação. Infelizmente, «a prova pericial e demais meios - pelo menos no âmbito da Justiça Estadual - é muito pobre, considerando ser a investigação, muitas vezes, despida de recursos que lhe confeririam qualidade técnica» (DI GESU, 2019, p. 121). Em relação aos elementos probatórios, fundamental que o Estado coloque à disposição dos órgãos de persecução estrutura necessária para que a produção de prova seja realizada por profissionais com qualificação, resguardando-se processos cíveis e criminais. Como destaca Júlia Shaw (2016, p. 58), temos uma «ignorância científica e muitos dos profissionais envolvidos em tais casos não estão cientes (ou treinados) sobre o que as pesquisas mais recentes dizem sobre a memória». O entrevistador não pode influenciar o relato e deve analisar se é caso de falsas memórias ou alienação parental.

FALSAS MEMÓRIAS

O estudo das falsas memórias nos remete ao início do século XX. Na França o tema foi tratado por BINET em 1900 e na Alemanha por STERN em 1910, que realizaram pesquisas demonstrando a falsificação da lembrança em crianças. Posteriormente, BARLETT, em 1932 na Inglaterra, investigou o tema em adultos (DI GESU, 2019). Atualmente, uma das grandes estudiosas do tema é Elizabeth Loftus, abordando o tema a partir do que denominou de *Procedimento de Sugestão da Falsa Informação ou Sugestão*. Quando abordamos tal tema, importante diferenciar falsas memórias da mentira. Quando abordamos falsas memórias estamos tratando de situação onde o depoente acredita naquilo que está relatando. Assim, diversos elementos podem influenciar na percepção sobre situação vivenciada ou presenciada, afetando para a formação de falsas memórias[5], já a mentira é um processo consciente de inventar fatos e situações. Ainda, podemos nos

---

wrongly convicted through DNA testing and reforms the criminal justice system to prevent future injustice. https://www.innocenceproject.org/about/. Acesso em 06 de junho de 2022.

5. "Estudos recentes de Psicologia demonstram a ocorrência frequente do fenômeno psíquico denominado "falsa memória", em razão do qual a pessoa verdadeiramente acredita que viveu determinado fato, frequentemente distorcido, porém, por interpretações subjetivas, convergência de outras memórias e por sugestões externas, de sorte a interferirem no processo de resgate dos fatos testemunhados." (STJ, RHC 64086). https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=201502347970.REG. Acesso em 06 de junho de 2022.

deparar com determinada conduta e, diante de não termos presenciado o todo, buscarmos o preenchimento do vazio, das lacunas, mesmo que de forma não intencional, gerando elementos distanciados dos fatos, potencializando falsas acusações:

> As falsas memórias se diferenciam da mentira, essencialmente, porque, nas primeiras, o agente crê honestamente no que está relatando, pois a sugestão é externa (ou interna, mas inconsciente), chegando a sofrer com isso. Já a mentira é um ato consciente, em que a pessoa tem noção do seu espaço de criação e manipulação. Ambos são perigosos para a credibilidade da palavra da vítima e da prova testemunhal, mas as falsas memórias são mais graves, pois a testemunha ou vítima desliza no imaginário sem consciência disso. Daí por que é mais difícil identificar uma falsa memória do que uma mentira, ainda que ambas sejam extremamente prejudiciais ao processo. (LOPES JR, 2020, p. 95)

Quando tratamos de falsas memórias, não se busca apontar apenas para eventual processo inconsciente ou involuntário. A inflação do relato, da situação "vivenciada", da imaginação pode ser de forma espontânea ou com influências externas. Assim, "há tanto a possibilidade de as pessoas expostas à desinformação alterarem a memória de maneira previsível ou espetacular, de forma dirigida, quanto espontaneamente, ou seja, sem que haja sugestionabilidade externa" (DI GESU, 2019, p. 87). A sugestionabilidade é um elemento que deve ser verificado, principalmente quando as demais provas apontam em sentido oposto, estando aquele relato distanciado e isolado das demais provas produzidas.

> A linguagem e o método do interrogador em situações assim são de grande relevância para a preservação ou violação da memória da vítima/testemunha, devendo, por isso, serem filmados todos os depoimentos prestados. Busca-se, com isso, avaliar - principalmente - o entrevistador. Na recuperação da memória de um evento, distorções endógenas ou exógenas se produzirão. As falsas memórias podem ser espontâneas ou autossugeridas, ou ainda, resultado de sugestão externa (acidental ou deliberada). Sempre recordando que a distorção consciente conduz à mentira. As falsas memórias não são dominadas pelo agente e podem decorrer até mesmo de uma interpretação errada de um acontecimento. (LOPES JR, 2020, p. 76).

Quando tratamos da origem da informação, a ausência de elementos seguros é fator importante para a criação de falsas memórias. A contaminação de recordações reais e influências de terceiros gera um terreno perigoso, onde inúmeras acusações são realizadas, inclusive potencializadas diante da importância conferida ao depoimento da vítima em crimes sexuais. LOFTUS (1977, p. 71) "aponta que um número crescente de investigações demonstra que, nas circunstâncias certas, falsas memórias podem ser instiladas com bastante facilidade em algumas pessoas". Falsas memórias podem ser criadas pela junção de lembranças reais e de sugestões oriundas de outras pessoas, inclusive que durante este processo, os "indivíduos podem esquecer a fonte das informações, sendo um exemplo clássico de confusão de fonte, em que o conteúdo e a fonte se tornam dissociados"

(LOFTUS, 1997, p. 75). Tal situação pode influenciar não só processos criminais, mas também processos da área de família:

> Nos contextos em que esteja presente o fenômeno da Alienação Parental, o filho é convencido da existência de determinados fatos e levado a repetir o que lhe é informado como tenso realmente acontecido, sendo induzido a afastar-se de quem ama. Nem sempre consegue discernir que está sendo manipulado e acaba acreditando naquilo que lhe foi dito de forma insistente e reiterada. Com o tempo, nem o alienador distingue mais a diferença entre verdade e mentira. A sua verdade passa a ser verdade para o filho, que vive com falsas personagens de uma falsa existência. (TRINDADE, 2015, p. 165).

Ainda, podemos referir:

> A síndrome das falsas memórias, cujo uso do termo, ainda controvertido na medicina, serve como conceito e tem sido utilizado para definir a lembrança que um indivíduo traz acerca de abuso sexual cometido contra ele na infância, sendo depois constatado que tal fato não aconteceu. A construção de falsas memórias advém de lembranças implantadas por pessoas que tenha o escuso interesse em prolongar uma estratégia de persuasão que nem sempre é percebida num primeiro momento. As falsas denuncias ou falsas memórias surgiram como uma ampliação das estratégias destinadas a desvincular um filho do outro genitor e essas estratégias costumam ocorrer em quatro ocasiões: a) às vésperas de uma separação; b) após uma separação; c) às vésperas do ingresso de alguma ação judicial de disputa de guarda e visitas; d) no contexto concreto de uma ação judicial. (MADALENO, 2011, p. 36).

O depoimento precisa ser tomado o mais rápido possível ou dentro de um prazo razoável com objetivo de colher elementos seguros. Fundamental ainda que a oitiva seja realizada por profissionais qualificados e em ambiente propício, evitando-se contaminação e indução dos fatos colhidos, não só para esclarecer, mas também evitar maiores danos ao depoente, minimizando as sequelas.[6] No que tange a escuta especializada[7] e ao

---

6. "Também é necessário colher, imediatamente, o depoimento da vítima, melhor modo de se conseguir identificar a natureza da denúncia levada a efeito, se falsa ou verdadeira. A experiência gaúcha de ouvir a vítima de maneira a evitar a ocorrência de danos secundários tem o nome de depoimento sem dano. Basta criar um ambiente adequadamente equipado em que a vítima é ouvida por um psicólogo ou assistente social. Na sala de audiência, o depoimento é acompanhado por vídeo, pelo juiz, pelo representante do Ministério Público, pelo réu e seu defensor, que dirigem as perguntas, por meio de uma escuta discretamente colocada no ouvido de quem está colhendo o depoimento da vítima. O DVD com a gravação da audiência é anexado ao processo. Com este procedimento, a vítima é ouvida uma única vez, enquanto seu depoimento pode servir para a elaboração de laudos e ser assistido no Tribunal quando do julgamento do recurso. É preciso ainda proibir que as vítimas sejam ouvidas nos Conselhos Tutelares ou por policiais civis e militares. Ao receber qualquer denúncia de abuso, os conselheiros tutelares precisam encaminhar a vítima ao juizado da infância e juventude. A polícia, ainda que instaure o inquérito policial, também não deve colher os depoimentos no recinto da Delegacia. Precisa solicitar que sejam ouvidas, em juízo, por um técnico e em ambiente adequado. Por mais que tais mecanismos não venham a acabar com estes crimes hediondos, têm enorme significado, pois, além de minimizarem as sequelas de ordem psicológica nas pequenas vítimas, permitem que se identifique com mais segurança quem é o seu autor: o genitor que de fato abusou sexualmente do filho ou aquele que denunciou falsamente tal ocorrência, duas formas igualmente perversas de abuso que precisam ser punidas". (DIAS, 2010)

7. Lei 13.431/17. Art. 7º Escuta especializada é o procedimento de entrevista sobre situação de violência com criança ou adolescente perante órgão da rede de proteção, limitado o relato estritamente ao necessário para o cumprimento de sua finalidade.

depoimento especial[8], matéria regulamentada pela Lei nº13.431 em 2017, a mesma iniciou em 2003[9], sendo posteriormente implementada em todo o país. Não se pode admitir que o entrevistador, convicto da ocorrência dos fatos, direcione sua entrevista para confirmar suas hipóteses, interpretando as mesmas e desprezando aquelas incompatíveis com a tese acusatória (primado da hipótese sobre os fatos), demonstrando-se mais uma vez um sistema inquisitório (DI GESU, 2019).

> Não há "fórmulas mágicas" ou critérios definidos, mas podem-se observar alguns fatores que indicam se a acusação de abuso é verdadeira ou não:
> - uma situação de litígio judicial entre os pais, com complicações e graves divergências referentes à regulamentação de visitas, pensão alimentícia, sendo que o(a) genitor(a) acusador(a) e/ou seus familiares utilizaram vários recursos para afastar (a) outro(a) genitor da vida da criança, e então "repentinamente" a acusação de abuso vem como "último recurso" de quem tenha interesse em dar a "cartada final" para afastar definitivamente o acusado do convívio com a criança; (SILVA, 2010, p. 24).

Não é incomum casos onde falsas memórias ocorrem, sendo inclusive tal situação reconhecida em diversos julgamentos pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

> APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DEFENSIVO. ART. 217-A, CAPUT, C/C ART. 14, II, AMBOS DO CP. ESTUPRO DE VULNERÁVEL TENTADO. Prefaciais rejeitadas. No mérito, reformada a sentença para absolver o réu em relação à imputação remanescente (7º fato). Negativa reiterada do denunciado, somada às inconsistências existentes nas declarações da ofendida e de sua genitora, geram dúvida relevante, não superada pelas demais provas existentes no feito. Indícios de a menina esteja sob a influência de falsas memórias. Elementos insuficientes para justificar tão grave condenação. Impositiva a manutenção da decisão absolutória pela aplicação do princípio humanitário do in dubio pro reo. RECURSO DEFENSIVO PROVIDO.(Apelação Criminal, Nº 70083239483, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Batista Marques Tovo, Julgado em: 27-05-2021)

> APELAÇÃO CRIME. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. LAPSO TEMPORAL ENTRE OS FATOS E A DENÚNCIA. POSSIBILIDADE DE FALSAS MEMÓRIAS. ABSOLVIÇÃO. Em que pese exista

8. Lei 13.431/17. Art. 8º Depoimento especial é o procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária.

9. O projeto iniciou-se em 2003, quando o desembargador Daltoé atuava na Vara da Infância e Juventude de Porto Alegre. Ele recorda que o depoimento de uma criança que o fez refletir sobre a questão nesse tipo de processo. "Em 2003, quando eu estava aqui em POA, na Vara da Infância, eu ouvi uma menina pequena, cerca de seis, sete anos, que tinha sido abusada por um adolescente. Depois daquele depoimento eu disse para mim mesmo, nunca mais vou fazer dessa forma, precisamos arranjar uma alternativa de mudar isso. E era uma época em que começaram a surgir essas câmeras de segurança para as casas e pensei que poderíamos utilizar essa ferramenta." A partir daquele momento, o magistrado e o promotor de justiça que atuavam na vara instalaram os equipamentos e realizaram as escutas especiais. Em 2004, o Corregedor-Geral da Justiça na época, Desembargador Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, assistiu a audiência com essa sistemática, aprovou o projeto e encaminhou a compra de equipamentos para os 10 Juizados Regionais da Infância e Juventude.https://www.cnj.jus.br/lei-torna-depoimento-especial-obrigatorio-em-todo-o-pais/. Acesso em 08 de junho de 2022.

> demonstração de um quadro crônico de violência doméstica no caso dos autos, envolvendo a ofendida e os demais familiares, a questão atinente ao delito de atentado violento ao pudor não restou demonstrada com a certeza necessária para a prolação de uma condenação. Quadro de violência física e psicológica que podem ter gerado falsas memórias, especialmente diante do lapso temporal de 10 anos entre o fato e a denúncia. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Criminal, Nº 70082112541, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Viviane de Faria Miranda, Julgado em: 17-10-2019)

Diante de crimes, principalmente sexuais, que infelizmente são visualizados constantemente em nossa sociedade e precisam ser devidamente investigados e julgados, percebemos falsas memórias, depoimentos realizados de forma equivocada que colocam em dúvida a prova produzida.

> "Discernir entre a realidade e a fantasia é tarefa complexa e, por vezes, quase impossível. Por isso, deve o magistrado considerar a declaração fornecida pelo infante como prova relativa, merecendo confrontá-la com as demais existentes nos autos, a fim de formar a sua convicção" (NUCCI, 2015, p. 57).

Ainda, o envolvimento da criança com o sistema, em todas as suas fases e atores, desde assistentes sociais, policiais, peritos, deve ser realizado com o máximo de zelo, visto que "a formalidade dos procedimentos e a falta de familiaridade com o ambiente policial e judicial podem afetar a criança negativamente, pois são fatores suplementares de estresse". (TRINDADE, 2012, p. 245).

Por fim, fundamental que a colheita da prova não gere nova vitimização e mais violência, "causada pelo sistema de justiça que viola outros direitos, vitimizando novamente a criança ou adolescente. Essa revitimização denomina-se vitimização secundária, que outra coisa não é senão a violência institucional do sistema processual penal, fazendo das vítimas infanto-juvenis novas vítimas, agora do estigma processual-investigatório" (BITENCOURT, 2014, p. 82).

Portanto, fundamental que o sistema de persecução penal e todos aqueles que auxiliam atuem para evitar a revitimização.

CONCLUSÃO

O presente artigo abordou o tema das provas no processo penal, especificamente a entrevista/oitiva de crianças e a ocorrência das falsas memórias. Ainda, foi apontada a importância da produção probatória em um processo penal democrático, a equivocada busca pelo "mito da verdade real" e a necessidade de se resguardar crianças dos efeitos negativos da vitimização gerada pelo sistema criminal.

Quando tratamos das falsas memórias, importante que os profissionais que colhem o depoimento estejam preparados e adotem técnicas adequadas para evitar induções,

afastando assim a sugestionabilidade e a contaminação do relato. Quanto menor o intervalo entre o fato e a oitiva da vítima, menor a probabilidade de influências externas e formação de falsas memórias, reduzindo-se o risco de relatos distorcidos. É imperioso uma mudança cultural e procedimental, proporcionando-se qualificação e informação aos órgãos estatais, com a produção e realização da oitiva em respeito aos protocolos existentes, afastando-se elementos externos, preservando-se a prova. A sugestionabilidade é um elemento que deve ser reconhecido, sendo fundamental ao entrevistador evitar tal situação, sob pena de tornar o relato inadmissível.

Assim, falsas memórias são lembranças de fatos que não foram realizados da forma como descrito pela vítima, muitas vezes distorções da memória ocasionadas por sugestões de terceiros, potencializadas pelo lapso temporal transcorrido ou até pela forma da colheita do depoimento e do desrespeito aos protocolos de entrevistas cognitivas. Por fim, importante conhecer como a memória é construída, afastando-se influências e falsas memórias, protegendo o cidadão dos danosos efeitos processuais de uma injusta acusação, tanto cível como criminal.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2014.

DE YOUNG, Mary.*The day care ritual abuse moral panic*. Jefferson: McFarland & Company, 2004.

DIAS, Maria Berenice. *Incesto e Alienação parental: realidades que a justiça insiste em não ver.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DI GESU, Cristina. *Prova penal e falsas memórias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2020.

LOFTUS, Elizabeth. *Creating false memories*. Scientific American, 273 (3), 70-75, 1997.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (2019). Apelação Criminal, Nº 70083239483, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Batista Marques Tovo, Julgado em: 27-05-2021.

Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (2019. Apelação Criminal, Nº 70082112541, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Viviane de Faria Miranda, Julgado em: 17-10-2019.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

RODRIGUES, Benjamim Silva. *A prova científica: Exames, análises ou perícias de ADN? Controlo de velocidade, álcool e substâncias psicotrópicas*. Rei dos livros, 2010.

SHAW, Júlia. *The Memory Illusion: Remembering, forgetting and the science of false memory.* Londres: Random House*,* 2016*.*

SILVA, Denise Maria Perissini da*.* In *Incesto e Alienação parental: realidades que a justiça insiste em não ver.* Coord. Maria Berenice Dias. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

TRINDADE, Jorge (Org.) *Temas de Psicologia Forense*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2015.

TRINDADE, Jorge. *Sistema de proteção à infância em caso de crianças envolvidas em processo crime por violência doméstica*. Revista Brasileira de Direito, 9 (2), 130-164.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal.* Rio de Janeiro: Revan, 2001.

CAPÍTULO 6

LICITAÇÃO E MEIO AMBIENTE: MITIGAÇÃO DE IMPACTO AMBIENTAL NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Data de aceite: 04/08/2022

Giancarlo Michel de Almeida
Mestre em Direito pela UFRGS. Especialista em Direito do Estado pela UFRGS. Professor da Faculdade de Direito João Paulo II. Currículo: http://lattes.cnpq.br/4105297811082055. E-mail: gianxmichel@gmail.com

RESUMO: Trata-se de estudo dogmático do ramo de Direito Administrativo sobre legislação licitatória. Especificamente sobre ferramenta de defesa do Meio Ambiente em contratos públicos: a mitigação de impacto ambiental. Através de abordagem dogmática do tema desde artigos 37 e 225 da Constituição, na Nova Lei de Licitações 14133/21 e legislação ambiental. Então, verifica-se doutrina correlata. A partir de definições jurídicas sobre sustentabilidade ambiental, verifica-se relação inter e transdisciplinar de sua implementação nos contratos administrativos. A mitigação de impacto ambiental é realizada a partir de ferramentas preventivas, com identificação do risco ambiental para sua administração preventiva ou de redução de danos. Bem como a agilidade na responsabilização e obrigatoriedade de compensação ou reparação do dano ambiental. Em processo de licenciamento ambiental prévio a Licitação Pública, bem como em fase de execução contratual, a mensuração de impacto é ferramenta indispensável para gestão de risco ambiental. A matriz de responsabilidade é inovação que busca mitigar os riscos distribuindo as responsabilidades previamente ao contrato, agilizando a resposta a um dano ambiental esperado.

PALAVRAS-CHAVE: Licitação Pública – Contrato Público – sustentabilidade ambiental – mitigação de impacto ambiental

ABSTRACT: This is a dogmatic study in the field of Administrative Law on bidding legislation. Specifically on the environmental sustainability in public procurement: the environmental impact mitigation. Through a dogmatic approach to the subject, first about articles 37 and 225 of the Brazilian Constitution, then in the Bidding Law and Enviromental Law, Then bibliography review. Based on legal definitions of environmental sustainability, there is an inter and transdisciplinary relationship on its implementation in administrative contracts. The environmental impact mitigation is due to preventive tools, with the identification of the environmental risk, for the damage prevention ou its reduction. As well as agility in accountability and mandatory compensation or reparation of the environmental damage. In the environmental licensing process prior to the Public Bidding, as well as in the contractual execution phase, impact measurement is an indispensable tool for environmental risk management. The Responsibility Assignment Matrix is an innovation that seeks to mitigate risks by distributing responsibilities prior to the contract, speeding up the response to the expected environmental damage.

KEYWORDS: Public Bidding - Public Procurement

– environmental sustainability – environmental impact mitigation

1 I INTRODUÇÃO

O tema de estudo do presente artigo é pesquisa jurídica sobre como a sustentabilidade ambiental é tratada em licitações públicas a partir da Nova Lei de Licitações de 2021. Abordando especificamente a questão da mitigação de impacto ambiental a partir da Nova Lei, sob a luz da Constituição e em aproximação dos diplomas legais que tratam da proteção do meio ambiente e Licitação Pública. Diante do paradigma do neoconstitucionalimo, o estudo jurídico dogmático hermenêutico parte das normas constitucionais e infraconstitucionais, jurisprudência comparativa, doutrina consolidada e emergente sobre conceitos, princípios e garantias constitucionais, sistematização e interpretação jurídica do tema. Busca-se realizar a interpretação do disposto na nova Lei, considerando suas consequências para solução jurídica do problema de gerenciamento de risco e danos ambientais existentes nas contratações públicas.

A pesquisa se justifica pela relevância do estudo da Lei de Licitações para o Direito Público. Também pela importância de verificar a continua construção da proteção jurídica ao Meio Ambiente, recente na história (apenas a partir da segunda metade do séc. XX é que o tema começa a receber tratamento político e jurídico efetivos), mas cada vez mais fundamental como estratégia para a continuidade do progresso humano. O ramo do Direito Administrativo trata de sistematizar a interpretação e aplicação das soluções jurídicas normativas de Direito Público para as relações do Poder Público com a sociedade, bem como verificar melhores meios jurídicos para implementar e executar os fins do Estado, positivados desde a Constituição. Assim, como imposição constitucional ao Estado e Sociedade Civil, a questão de defesa do Meio Ambiente para o Direito Público é tratada principalmente a partir dos contratos públicos que podem gerar impacto ambiental, tratados pela norma licitatória. A sustentabilidade ambiental não é tema exclusivo do Direito Ambiental, mas permeia como direito difuso todo o Ordenamento Jurídico, atingindo todas as relações jurídicas da sociedade de forma direta, indireta ou transversal. Portanto, necessário o estudo interdisciplinar ou mesmo transdisciplinar.

Conforme se pode verificar preliminarmente a partir de diplomas legais, jurisprudência e doutrina jurídica, os principais conceitos podem ser sistematizados para melhor compreensão e operacionalidade. A partir dos conceitos e princípios constitucionais (CF88, art. 37) aplicáveis a atos e contratos da Administração Pública, a interpretação da Lei de Licitações (tanto Lei 8666/93 quanto nova Lei 14333/21) verifica-se jurisprudência sobre os casos concretos ainda tratando a Lei de 1993, bem como a doutrina tem sistematizado a compreensão sobre Licitações ainda pela antiga Lei. No que diz respeito a questão específica da sustentabilidade ambiental decorrente de imposição constitucional (CF88,

art. 225), a mitigação de impacto ambiental frisada na Nova Lei ainda oferece desafios quanto a observação de sua aplicabilidade na solução de casos concretos, mas pode ser estudada teoricamente a partir da sistematização doutrinaria.

Inicialmente defini-se o tratamento jurídico da sustentabilidade desde o Direito Constitucional e Ambiental, para então verificar como está internalizado no contexto do Direito Administrativo referente a Licitações Públicas. Verifica-se o Direito ao Meio Ambiente como direito difuso, conquista política internacional recente e ainda em constante debate. Dos compromissos internacionais, acaba positivada no Ordenamento Jurídico interno desde a Constituição a permear toda legislação e relações jurídicas, notadamente entre Estado e Sociedade. Importa definir o que é sustentabilidade ambiental, risco, dano ou degradação ambiental, licenciamento ambiental, mensuração de impacto ambiental, obrigações e responsabilidades contratuais e legais. A partir dessas definições é possibilitado o estudo do tema em foco no âmbito das Licitações: definir o que o princípio da sustentabilidade implica na licitação, como se dá especificamente o tratamento jurídico da mitigação de impacto ambiental nas fases do procedimento licitatório, verificar quais ferramentas jurídicas servem a prevenção e redução de efeitos negativos do impacto ambiental, responder se a consequência da impossibilidade de mitigação será a responsabilização para compensação ou reparação do dano previsto.

2 | MEIO AMBIENTE E SUSTENTABILIDADE

2.1 Histórico e conceito de desenvolvimento sustentável

Até a primeira metade do séc. XX, políticos, economistas, juristas e a opinião pública estavam mais preocupados, ou com formas de maior acesso ao progresso econômico, ou com os horrores das disputas em Guerras Mundiais. Após década de 1950, verifica-se relativa paz e a prosperidade jamais registrada na história humana, tanto em função do avanço da industrialização, quanto com o avanço de direitos sociais que garantiram maior inclusão das massas no acesso a bens e serviços.

Com o avanço da industrialização ao longo do séc. XX, os impactos negativos da ação humana na natureza tornam-se cada vez mais evidentes, inegáveis. Exemplo de manifestação intelectual de informação e educação públicas sobre os perigos da ação humana no meio ambiente, a clássica e icônica obra de Rachel Carson “Silent Spring” (CARSON, 2022) causa grande impacto na Opinião Pública. O ativismo ecológico deixa de ser um tema desconhecido, restrito aos círculos científicos, para ganhar a opinião pública e a mobilização popular. E isso gera pressão social e política suficiente para o tema passar a tratamento jurídico no âmbito internacional e interno.

A pressão internacional resulta num primeiro grande esforço internacional de

definição de pautas pela proteção ao Meio Ambiente na Conferencia de 1972 (JAPIASSÚ, 2017, pág. 4202).:. Após, liderada pela ONU, outras Conferências sobre o tema ambiental ocorreram, como a de 1988 que resultou na declaração “Nosso futuro comum”, um relatório indicando a urgência de medidas de proteção ao meio ambiente. Conforme conclui o Relatório Brundtland sobre as metas de sustentabilidade no Mundo: “Não haverá paz global sem direitos humanos, desenvolvimento sustentável e redução das distâncias entre os ricos e os pobres. Nosso Futuro Comum depende do entendimento e do senso de responsabilidade em relação ao direito de oportunidade para todos”(UN CMMAD, 1988).

A positivação do Direito ao Meio Ambiente na Constituição de 1988 é reflexo de como o Direito Ambiental conquistou espaço e atenção públicas. Mesmo sendo tema recente na história humana, mesmo contrariando os já consolidados e “tradicionais” valores e interesses relativos à priorização do progresso econômico como necessidade humana mais urgente. Conforme a Constituição de 1988:

> Art. 225. Todos têm **direito ao meio ambiente** ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
>
> § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:
>
> IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, **estudo prévio de impacto ambiental**, a que se dará publicidade;
>
> § 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a **recuperar o meio ambiente degradado**, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.
>
> § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a **sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados**.

É na conferência RIO92[1] que o tema passa a ser tratado como “desenvolvimento sustentável”, partindo da percepção de que a proteção ao meio ambiente deve ser buscada juntamente com a necessária atividade humana para manutenção da economia e direitos sociais. Assim, a sustentabilidade diz respeito não há diminuição da atividade humana, mas em sua transformação para que seja realizada de forma harmônica. Note-se que o PNMA de 1981 brasileiro tratava de “desenvolvimento econômico e social” com respeito ao meio ambiente, mas só após a RIO92 o entendimento é de “desenvolvimento sustentável”, reconhecendo radicalmente que não deve ser considerado desenvolvimento aquele ganho econômico obtido com perda ambiental.

1. (UN, RIO-92) Princípio 3: O direito ao desenvolvimento deve ser exercido de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades ambientais e de desenvolvimento de gerações presentes e futuras.
Princípio 4: Para alcançar o **desenvolvimento sustentável**, a proteção ambiental deve constituir parte integrante do processo de desenvolvimento, e não pode ser considerada isoladamente deste.

Desenvolvimento sustentável diz respeito ao progresso simultâneo e cooperativo de várias dimensões relacionadas a ação humana: ambiental, econômica, social, cultural, espacial, psicológica, jus política nacional e jus política internacional (SACHS, 2002). Na prática os programas e compromissos internacionais e o tratamento interno no Estado brasileiro seguem no esforço de sustentabilidade ambiental, econômica e social (tridimensional). Ou seja, a sustentabilidade como o equilíbrio entre o progresso econômico e social almejado pelas sociedades modernas, com diminuição do impacto negativo dessas atividades humanas no meio ambiente, na economia e na sociedade. Ao que se pode chamar também de princípio da sustentabilidade multidimensional (MOREIRA, 2017, pág. 52).

Destaca-se que a busca de desenvolvimento sustentável é verificado não só como um compromisso público e estatal, mas também no setor privado. Como no exemplo da OSCIP Instituto Ethos) que auxilia empresas a manter *compliance* referente a sustentabilidade "ambiental, social e administrativo" (ESG – Enviroment, Social, Governance). A Opinião Pública e pressão internacional pela sustentabilidade gera não só compromisso de Estados, mas também do capital privado da economia. Atualmente, o capital financeiro é direcionado/ investido considerando não só resultado financeiro das empresas, mas seu compromisso com o desenvolvimento sustentável: progresso econômico com menos impactos negativos para sociedade e meio ambiente (BOFF, 2016, pág. 50ss).

Hodiernamente o compromisso estatal está em garantir harmonicamente progresso econômico e social pela defesa de direitos individuais, coletivos e difusos: sustentabilidade econômica, social e ambiental. O desenvolvimento nacional sustentável é compromisso do Estado Democrático de Direito brasileiro, a exemplo de grande parte da comunidade internacional. Positivado desde a Constituição, a proteção ao Meio Ambiente é Direito Fundamental de 3ª geração que se faz necessário diante da necessidade humana de uso e utilização de recursos naturais para progresso econômico e social dos povos em suas localidades.

2.2 Impacto, risco, dano ambientais e a lógica preventiva da sustentabilidade

A proteção jurídica ao Meio Ambiente já é instrumentalizada no Ordenamento interno como Direito difuso e Dever de todos, a partir da Constituição, em normas legais, atos administrativos, gerando deveres, obrigações, responsabilidades, permeando todas as relações jurídicas. No ordenamento pátrio verificamos os conceitos jurídicos e seu alcance para sistematizar essa proteção.

Os principais conceitos técnicos utilizados para definir a operacionalidade jurídica da busca de sustentabilidade ambiental estão dispostos desde a Política Nacional do Meio Ambiente, cujo objetivo é, dentre outros, *"compatibilização do desenvolvimento econômico-*

social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico" [2], expandidos no esforço recente a respeito de Mudança do Clima – PNMC, instituída na Lei 12.187/2009[3]:

> Art. 3o A PNMC e as ações dela decorrentes, executadas sob a responsabilidade dos entes políticos e dos órgãos da administração pública, observarão os **princípios da precaução, da prevenção, da participação cidadã, do desenvolvimento sustentável e o das responsabilidades** comuns, porém diferenciadas, este último no âmbito internacional, e, quanto às medidas a serem adotadas na sua execução, será considerado o seguinte:
>
> I - todos têm o dever de atuar, em benefício das presentes e futuras gerações, para a **redução dos impactos** decorrentes das interferências antrópicas sobre o sistema climático;
>
> II - serão tomadas medidas para **prever, evitar ou minimizar** as causas identificadas da mudança climática com origem antrópica no território nacional, sobre as quais haja razoável consenso por parte dos meios científicos e técnicos ocupados no estudo dos fenômenos envolvidos;
>
> IV - o **desenvolvimento sustentável** é a condição para enfrentar as alterações climáticas e conciliar o atendimento às necessidades comuns e particulares das populações e comunidades que vivem no território nacional;

Conforme se verifica, o modelo jurídico de atuação estatal em relação ao objetivo do desenvolvimento sustentável deve se pautar pela prevenção. A lógica preventiva é menos custosa ao meio ambiente e, portanto, reflete em benefício econômico também, já que se um dano ambiental for causado, terá que haver o gasto com reparação. A prevenção através de Avaliação de Impacto e necessidade de Licença Ambiental para atividades é parte do PNMA desde 1981[4], limitando atividades poluidoras.

Impacto ambiental pode ser tanto alterações negativas da atividade humana na natureza, quanto pode ser impacto positivo, que é quando a ação humana recupera, preserva ou conserva o meio ambiente. Trata-se de conceito técnico, mas vinculado a agenda jus política de desenvolvimento sustentável e, por isso, é conceito técnico jurídico. Ou seja, diz respeito a qualquer impacto sobre o desenvolvimento sustentável, conforme Resolução 01 de 1986 do CONAMA:

> "considera-se impacto ambiental qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou

---

2. Art. 4º, inciso I da Lei 6.938/1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA).

3. O compromisso do PNMC em 2009 alinha o PNMA brasileiro com a agenda internacional de combate a Mudança Climática: "Ao instituir a Política Nacional sobre Mudança do Clima (PNMC), o Brasil se comprometeu a adotar voluntariamente ações de mitigação para reduzir entre 36,1% a 38,9% suas emissões de GEEs projetadas até 2020 e envolvendo os seguintes setores: mudança do uso da terra, energia, agropecuária, processos industriais e tratamento de resíduos". (BARBIERI, 2020, pág. 20ss)

4. Art 9º - São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente:

III - a avaliação de impactos ambientais;

IV - o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras

> indiretamente, afetam: I - a saúde, a segurança e o bem-estar da população; II - as atividades sociais e econômicas; III - a biota; IV - as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente; V - a qualidade dos recursos ambientais."

2.3 Licenciamento Ambiental e a Avaliação de Impacto Ambiental

A lógica preventiva com que se deve tratar a proteção ao meio ambiente remete dedutivamente a necessidade de mensuração prévia dos riscos ambientais envolvidos em qualquer atividade humana. Assim, o legislador define a necessidade de Licença Ambiental para os vários empreendimentos, econômicos ou não, públicos ou privados[5]. Essa Licença é ato administrativo[6] vinculado conferido por autoridade pública em Processo de Licenciamento Ambiental como ferramenta de prevenção ao impacto ambiental.

Essa Licença não é uma carta em branco, mas sim um reconhecimento jurídico de que as operações avaliadas e a gestão dos impactos estão de acordo com as tecnologias atuais e tratamento legal atual de proteção ao meio ambiente. Bem como, verificado o risco de impacto, na própria Licença já consta as condições, restrições, responsabilidades e compromissos para que a atividade seja executada, bem como as medidas de redução de danos, como compensação ou restauração do ambiente danificado após o fim das operações da atividade (FARIAS, 2007, pág. 07). Assim, por exemplo, verificado o impacto ambiental negativo durante a construção de obra pública, a autoridade ambiental submete a Licença ao compromisso de redução ou reparação dos danos.

Conforme art. 8º da Resolução CONAMA 237/1997, baseada no Decreto 99247/90, são três tipos de Licença Ambiental:

> I - Licença Prévia (LP) - concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação;
>
> II - Licença de Instalação (LI) - autoriza a instalação do empreendimento ou atividade de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes, da qual constituem motivo determinante;
>
> III - Licença de Operação (LO) - autoriza a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinados para a operação.

---

5. Conforme Resolução CONAMA 237/1997, a lista de atividades que devem obter licença ambiental obrigatória são as industriais poluentes e atividades como obras civis, serviços de utilidade e de transporte, geralmente objetos de contratos públicos efetivados em procedimento licitatório.

6. Resolução CONAMA 237/1997 - art. 1º - II - **Licença Ambiental**: ato administrativo pelo qual o órgão ambiental competente, estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor, pessoa física ou jurídica, para localizar, instalar, ampliar e operar empreendimentos ou atividades utilizadoras dos recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou aquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental.

Esse processo inicia na Licença Prévia com a Avaliação de Impacto Ambiental (AIA), sendo que no Direito Comparado verifica-se o uso mais proeminente da Avaliação de Impacto Estratégica (AIE), de caráter mais preventivo ainda, pois útil para instruir decisões anteriores a formação do próprio empreendimento. A lógica de prevenção inclusive instiga o uso de Avaliação Ambiental Estratégica dentro de EIA, sendo ferramenta de planejamento da gestão pública, informativa para futuros contratos. (DE OLIVEIRAA, 2016, pág. 50ss)

Em nosso ordenamento, o Procedimento de Licenciamento Ambiental realiza Estudo de Impacto Ambiental[7], do qual faz parte a AIA (MORAES, 2016) e outros procedimentos dependendo da complexidade e natureza da atividade avaliada como: Plano Básico Ambiental (PBA), Plano de Controle Ambiental (PCA), Relatório de Controle Ambiental (RCA), Plano de Recuperação Ambiental de Áreas Degradadas (PRAD), etc.

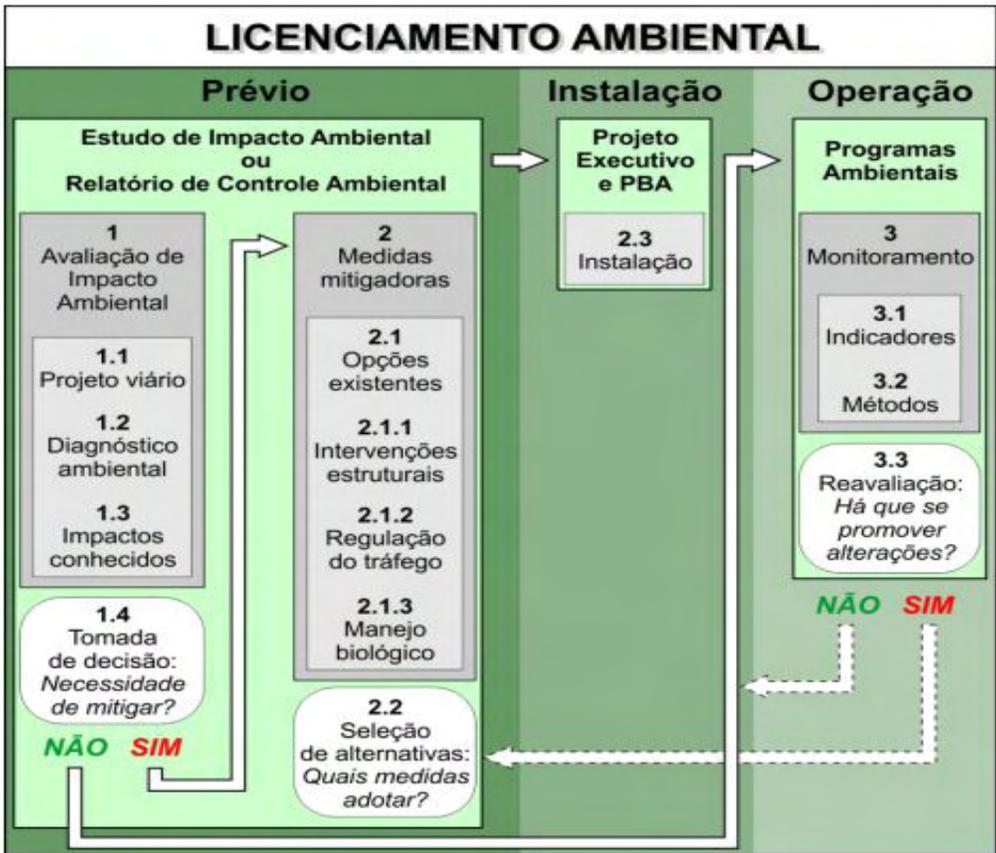
No EIA ocorre a avaliação que gera o laudo técnico. Este laudo deve ser considerado de forma vinculante a decisão administrativa de conceder a Licença Ambiental. Em nome do principio da publicidade e participação cidadã, própria do Estado Democrático de Direito, este laudo técnico é publicado como Relatório de Impacto Ambiental (RIMA)[8], documento acessível a qualquer cidadão para acompanhamento e fiscalização democrática da proteção ao meio ambiente, direito e dever de todos.

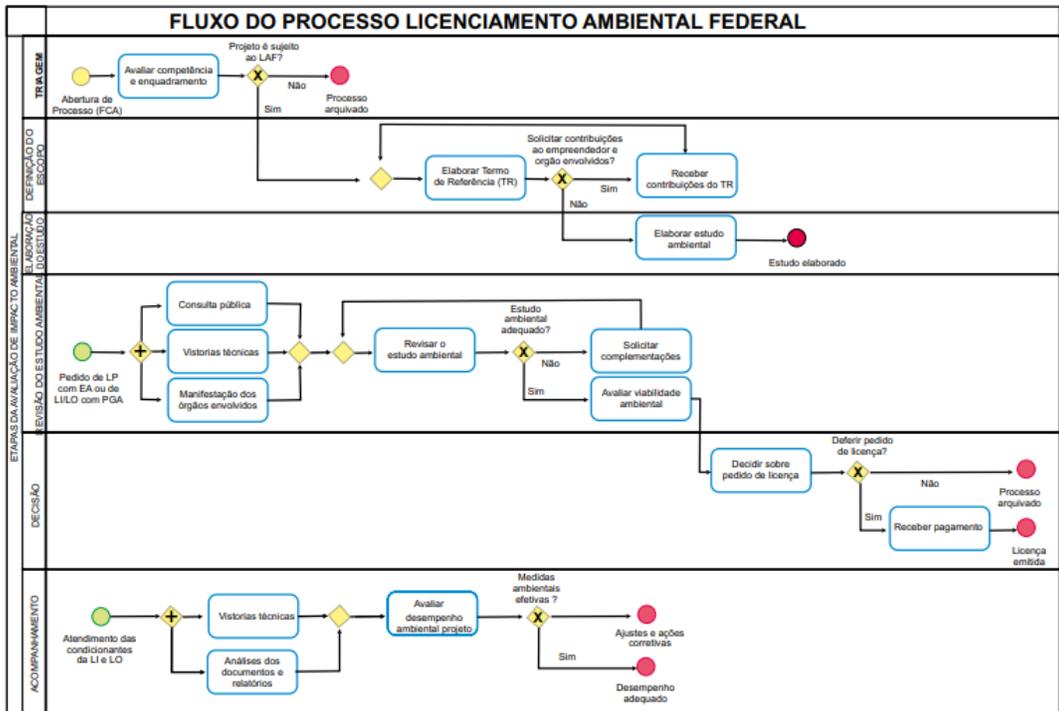
Em um procedimento de Licenciamento Ambiental para contratos públicos, como de efetivação de serviços de utilidade pública, verifica-se as etapas: *planejamento prévio, implantação, operação*. O estudo serve tanto para identificar o impacto quanto para verificar medidas compensatórias ou de redução/mitigação do impacto. Também, por gerar obrigação para as partes, estabelece as responsabilidades pela compensação ou reparação do dano ambiental.

Exemplo de Fluxograma de Licenciamento Ambiental contendo as fases: prévio, Instalação e Operação, com a ocorrência de impacto negativo que necessita medidas mitigatórias:

---

7. Resolução CONAMA 237/1997 - art. 1º - III - **Estudos Ambientais**: são todos e quaisquer estudos relativos aos aspectos ambientais relacionados à localização, instalação, operação e ampliação de uma atividade ou empreendimento, apresentado como subsídio para a análise da licença requerida, tais como: relatório ambiental, plano e projeto de controle ambiental, relatório ambiental preliminar, diagnóstico ambiental, plano de manejo, plano de recuperação de área degradada e análise preliminar de risco.

8. Resolução CONAMA 237/1997 - Art. 3º - A licença ambiental para empreendimentos e atividades consideradas efetivas ou potencialmente causadoras de significativa degradação do meio dependerá de prévio estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto sobre o meio ambiente (EIA/RIMA), ao qual dar-se-á publicidade, garantida a realização de audiências públicas, quando couber, de acordo com a regulamentação.

Fonte: LAUXEN, 2012, pág. 17.

Ainda, o Licenciamento Ambiental para atividades com impacto ambiental segue o seguinte fluxo lógico de ferramentas próprias deste Processo Administrativo especial: Triagem, Escopo, Elaboração do estudo ambiental; Revisão do estudo ambiental, decisão, acompanhamento, Detalhamento dos programas ambientais, termo de referência, Estrutura do Plano de Gestão Ambiental. Para melhor visualização, segue fluxograma para Procedimento de Licenciamento Ambiental Federal utilizado pelo IBAMA contemplando este fluxo:

Fonte: IBAMA, 2020. Pág. 11.

Quando se trata de contratação pública, a Autoridade Ambiental responsável por conceder a Licença Ambiental deve realizar o Processo de Licenciamento com prioridade de tramitação. Isso se deve pela necessidade de celeridade, efetividade e economicidade, características do Estado Gerencial, bem como pela indisponibilidade do interesse público, princípios positivados desde a Constituição até os comandos da Nova Lei de Licitações.

Embora a Lei permita que a obtenção da Licença Ambiental seja erigida em cláusula como obrigação do contratado, para os Tribunais de Contas o ideal é que a avaliação dos riscos e impactos seja realizada de forma prévia a contratação, instruindo o exame de conveniência e oportunidade para realizar a contratação pública (DE OLIVEIRAA, 2016, pág. 50ss). Isso evita frustração contratual futura, no curso da execução, caso o contratado não consiga obter a Licença. Também, quando o Estudo de Impacto Ambiental identificar um dano irreversível e a obra pública tiver que ser realizada mesmo com este impacto negativo, atendendo a interesse público, já poderá constar no contrato cláusula sobre a necessária mitigação, compensação ou reparação ambiental condicionada pela Licença Ambiental.

3 | LICITAÇÃO PÚBLICA: NOVA LEI E MEIO AMBIENTE

3.1 Desenvolvimento sustentável na Lei de Licitações

A sustentabilidade deve permear toda a atuação da Administração Pública, desde deliberação e motivação decisória até administração rotineira e execução de projetos e contratos (ROCHA, 2017, pág. 105). A própria gestão da Administração Pública pode realizar termo de gestão/compromisso com o Ministério do Meio Ambiente, recebendo deste suporte técnico para alcançar os objetivos de respeito a sustentabilidade nos termos:

> "estimular a reflexão e a mudança de atitude dos servidores para que os mesmos incorporem os critérios de gestão socioambiental em suas atividades rotineiras. Sensibilizar os gestores públicos para as questões socioambientais; Promover o uso racional dos recursos naturais e a redução de gastos institucionais; Contribuir para revisão dos padrões de produção e consumo e para a adoção de novos referenciais de sustentabilidade no âmbito da administração pública e para a melhoria da qualidade de vida;Reduzir o impacto socioambiental negativo direto e indireto causado pela execução das atividades de caráter administrativo e operacional." (MMA, 1999)

O critério da sustentabilidade já é realidade jurídica efetiva para a gestão pública, não podendo ocorrer como era praxe a desconsideração da proteção ambiental para contratações públicas com o pretexto de critério "maior vantagem" econômica para Administração Pública. O critério da maior vantagem deve considerar não só vantagem econômica ou eficiência técnica, mas o atendimento a sustentabilidade econômica, social e ambiental. A hermenêutica própria para pesar estes elementos é a proporcionalidade e razoabilidade. (BARROSO FILHO, 2012, pág. 53ss)

Se num primeiro momento a eficiência da Administração Pública nas licitações diz respeito ao critério de melhor custo-benefício econômico na contratação, isso muda com a positivação do princípio da sustentabilidade, acrescentando o critério da proteção jurídica ao meio ambiente. Tanto preventivamente a gestão pública terá que racionalizar suas demandas para buscar contratação de consumo de produtos e serviços ou realização de obras com menor impacto ambiental, quanto terá que cobrar a preservação ambiental na execução do contrato.

O efeito na prática é que o critério de sustentabilidade para compras e contratações públicas gere impacto positivo na economia, em direção a empreendimentos privados mais engajados em oferta de produtos e serviços de menor impacto ambiental. Como um grande consumidor de produtos e serviços, os contratos públicos podem ser mecanismo jurídico de fomento de uma economia com desenvolvimento sustentável (SCHIER, 2020, Pág. 75ss,)

A Nova Lei de Licitações traz explícitos vários princípios norteadores para contratos públicos, antes implícitos. Desde últimas reformas na Lei de licitações anterior, a doutrina já sistematizava três objetivos do procedimento licitatório. Dois deles, já clássicos,

concorrência pela proposta mais vantajosa e isonomia (participação democrática) e um mais recente que diz respeito à sustentabilidade. Assim, se pode falar seguramente sobre a licitação ser instrumento a favor do Estado e da Economia de Mercado sustentáveis. (FREITAS, 2019, pág. 283-284).

Diante de uma sociedade organizada em Economia de Mercado e Estado Democrático de Direito, a efetivação de objetivos práticos da atuação estatal necessita do acesso do Poder Público aos recursos que estão no setor privado (empreendedorismo, acesso a cadeia produtiva, tecnologia, mão-de-obra etc.). É uma forma de relação entre Estado e Sociedade que deve ser realizada por contrato administrativo, um acordo harmônico entre o interesse público estatal e interesse privado mercadológico.

Os contratos administrativos devem partir de obrigatório procedimento licitatório (salvo exceções legais taxativas). A Licitação serve para o Estado aproveitar vantajosas regras de mercado, como a concorrência para que os esforços privados voltados ao lucro sejam direcionados a responder uma necessidade de interesse público, interesses que são equilibrados no contrato administrativo resultante. Além do aspecto concorrencial, a isonomia é outro elemento que torna a Licitação a solução jurídica mais adequada. Pois no Estado Democrático, todos os membros da Sociedade Civil devem ter a oportunidade de participar da gestão pública, sendo a Licitação o meio adequado para ampliar o rol de civis a disputar a contratação pública.

Além da isonomia e concorrência (pela proposta mais vantajosa), o princípio do desenvolvimento sustentável deve pautar a Licitação (PEREIRA JUNIOR, 2015; REIS, 2015). Como terceiro objetivo (desde a lei 12.349/10) a busca do desenvolvimento nacional sustentável permite o favorecimento de produtos/empresas nacionais/locais que tenham práticas de sustentabilidade. Ou seja, a Licitação é forma de o Estado realizar contratações respeitando isonomia, concorrência e desenvolvimento sustentável, em que a isonomia e concorrência podem ser relativizados em nome do terceiro objetivo. Assim, proposta mais vantajosa é aquela que atende o critério do desenvolvimento sustentável, para além do clássico entendimento de melhor preço ou técnica.

Conforme Lei de licitações 8.666/93 (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010):

> Art. 3o A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da **isonomia**, a seleção da **proposta mais vantajosa** para a administração e a promoção do **desenvolvimento nacional sustentável** e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Este compromisso, oriundo de evolução continua do Direito Administrativo em acompanhar e adotar a sustentabilidade como princípio, também está na Nova Lei de

Licitações, Lei 14.133 de 2021:

> Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do **desenvolvimento nacional sustentável**, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

A própria relativização da isonomia é permitida para fins de desempate no art. 60, §1º, que traz como fator de desempate a preferência por licitante: localizado na sede do local de licitação, empresa nacional, que invista em pesquisa e tecnologia no Brasil, que tem **prática de mitigação de danos ambientais** (Lei 9605/98, Lei 12187/09), ME e EPP (LC 123/06).

Bem como reforça ao longo do texto este compromisso, como no art. 11, que traz rol de objetivos para licitação: proposta mais apta; isonomia e competição; evitar preços altos; incentivar tecnologia e **desenvolvimento sustentável**; com sistema de gerenciamento de riscos (governança; *compliance*).

A nova Lei de Licitações prevê como critério objetivo de julgamento da proposta mais vantajosa a consideração do custo ambiental do objeto contratado. Diante de imposição legal de custear compensação ou reparação de danos ambientais causados pelo serviço ou bem contratados, a Administração Pública deve estar atenta para este custo. Isso impulsiona o procedimento licitatório a, em fase de julgamento, rejeitar propostas de baixo índice de sustentabilidade ambiental e, consequentemente, favorecer licitantes com produtos e serviços adequados ao critério da sustentabilidade.

> Art. 34. O julgamento por menor preço ou maior desconto e, quando couber, por técnica e preço considerará o **menor dispêndio para a Administração**, atendidos os parâmetros mínimos de qualidade definidos no edital de licitação.
>
> § 1º Os custos indiretos, relacionados com as despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e **impacto ambiental** do objeto licitado, entre outros fatores vinculados ao seu ciclo de vida, poderão ser considerados para a definição do menor dispêndio, sempre que objetivamente mensuráveis, conforme disposto em regulamento.

Nas últimas décadas destaca-se na doutrina uma corrente de administrativistas engajados no esforço acadêmico de compreensão do Direito Administrativo já compromissado com a sustentabilidade ambiental na gestão pública, especificamente nas licitações. Sobre o critério de maior vantagem já entendia o que acabou se consolidando no ordenamento jurídico, um representante dessa corrente: *“a proposta mais vantajosa será sempre aquela que, entre outros aspectos a serem contemplados, apresentar-se a mais*

apta a causar, direta ou indiretamente, o menor impacto negativo e, simultaneamente, os maiores benefícios econômicos, sociais e ambientais" (FREITAS, 2012, pág. 78)

3.2 Sustentabilidade e responsabilidade: prevenção de riscos e mitigação de impacto

O controle que a gestão pública deve realizar para equilibrar a necessidade contratada com a preservação ambiental segue uma linha de preferência lógica: prioritariamente buscar evitar o dano ambiental (neutralizar efeitos); caso não seja possível evitar o dano, deve buscar reduzir o impacto do dano (mitigar efeitos), ou ainda executar atividades de compensação ou mesmo recuperação do dano causado. (LÔBO, 2020, pág. 6)

No sentido de prevenção, a própria gestão pública tem se organizado em função de recomendações da Agenda Ambiental da Administração Pública (A3P) do Ministério do Meio Ambiente (MMA, 1999). Isso pode ser feito com a criação de sistema de gestão de compras e uso de bens em conformidade com o objetivo "sustentabilidade ambiental", bem como redução de custos e racionalização de processos. Um exemplo é a lista de Iniciativas sustentáveis para a administração pública do Núcleo de Coordenação de Ações Socioambientais do Senado Federal:

> "EIXO TEMÁTICO 4. COMPRAS PÚBLICAS E CONTRATAÇÕES SUSTENTÁVEIS: 1 Elaborar manual de compras sustentáveis; 2 Logística reversa nas contratações e aquisições; 3 Estimular contratações sustentáveis, ou seja, com a **inserção de critérios de sustentabilidade na especificação do objeto**; 4 Realizar **análise de consumo** antes da contratação para avaliação da real necessidade de aquisição; 5 Revisar, na época oportuna, todos os contratos de aquisições e serviços da JMU, buscando introduzir critérios de sustentabilidade e reduzir custos; 6 Revisar o contrato de limpeza e conservação, a fim de estabelecer a utilização de produtos de limpeza **ecológicos** etc.[...]" (BRASIL/SENADO, 2019, pág. 23ss)

Também o PNMC conceitua mitigação[9] de impacto ambiental atentando em especial medidas de redução de emissão de gases de efeito estufa (GEE). Isso, pois, a Lei 12.187/2009 faz parte de um compromisso ambiental internacional específico (UN, 1997), voltado a ações de combate a mudança climática, com ferramentas de mitigação dos efeitos da poluição atmosférica. Mesmo assim, fornece elementos para compreensão jurídica sobre mitigação, que envolve ferramentas de planejamento público para orientar as ações neste sentido: medidas econômico-fiscais e financeiras; medidas regulatórias; informação e comunicação (educação ambiental); planejamento urbano (mobilidade); aproveitamento do progresso tecnológico para controle do impacto ambiental (BARCZAK, 2012, pág. 14).

---

9. Art 2o Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

VII - mitigação: mudanças e substituições tecnológicas que reduzam o uso de recursos e as emissões por unidade de produção, bem como a implementação de medidas que reduzam as emissões de gases de efeito estufa e aumentem os sumidouros;

Especificamente em relação ao procedimento licitatório, desde a fase preparatória já é previsto o estudo técnico preliminar, que, dentre outras previsões, estabelece o alinhamento do projeto básico com a sustentabilidade. Bem como nessa fase prévia é realizada verificação de Licença Ambiental (prévia). O próprio Projeto executivo (fase em que é necessário a Licença Ambiental de Instalação e Operação) de atividade com impacto ambiental reconhecido em EIA (na Licença Ambiental prévia) já terá previsão as ferramentas de neutralização, mitigação ou compensação. Ainda pode ser definido medidas de restauração, que é a reparação do dano posterior a execução da atividade.

As técnicas de mitigação do impacto ambiental variam conforme a atividade objeto do contrato: compras ou serviços relacionados a atividades com impacto ambiental (industria, obras, exploração de recursos). Por isso são adotadas no Projeto Básico e Executivo as medidas mitigatórias recomendadas pelos analistas responsáveis pelo Estudo de Impacto Ambiental do procedimento de Licenciamento Ambiental.

Lembrando que a lógica de maior benefício ambiental segue: *prevenção* do impacto negativo, com eliminação do risco antes da atividade; *mitigação* do impacto negativo, com medidas que contornam e corrigem o problema, neutralizando ou reduzindo o impacto; medidas *compensatórias*, quando não for possível reduzir o dano local é imposta condição de implementação de medida que cause impacto positivo em outro local/situação; bem como, em última análise, pode ocorrer a responsabilização (civil, penal, fiscal, administrativa) por impacto negativo decorrente de descumprimento de imposição da autoridade ambiental.

É possível medida mitigatória que além de reduzir o dano causa impacto ambiental positivo, ou seja, gera benefício ambiental. São as chamadas medidas potencializadoras, as quais devem ser tratadas pelo poder Público com incentivos (sanções positivas).

Se a responsabilização dos contratantes por prejuízos causados já tem tratamento doutrinário e jurisprudencial adequado, inclusive com cláusula de reequilíbrio econômico-financeiro contratual, outros temas ainda são novidades não devidamente exploradas pela ciência jurídica. Temas como a nova matriz de riscos para alocação de responsabilidades, que busca evitar problemas conhecidos de contratos públicos no tempo[10], e cláusulas de compensação ou mitigação de impactos ambientais, são temas ainda novos que necessitam estudo contínuo e cada vez mais aprofundado.

4 I CONCLUSÃO

Conforme o avanço atual do entendimento jurídico internacional e positivado no Ordenamento Jurídico interno brasileiro, verifica-se a sustentabilidade ambiental como um fim de interesse público do Estado e princípio a informar a interpretação das normas e

10. Como por exemplo, dar maior previsibilidade para os problemas de execução contratual, evitando as famosas e abomináveis “obras paradas”: https://www.camara.leg.br/noticias/599773-livro-aponta-14-mil-obras-publicas-paradas--custo-ate-agora-e-de-r-70-bi/

composição das relações jurídicas. Os contratos públicos em licitações devem se submeter a busca da sustentabilidade ambiental, de forma preventiva ou reparadora contínua, evitando ou mitigando o impacto ambiental do objeto contratual.

A sustentabilidade diz respeito a busca do equilíbrio possível entre proteção jurídica ao Meio Ambiente e proteção a outros direitos, conquistas positivadas de garantia de direitos individuais e coletivos, mormente em sociedade de Economia de Mercado, resultando em um entendimento multidimensional: sustentabilidade social, econômica e ambiental como busca efetiva por progresso humano equilibrado.

O impacto ambiental é passível de aferição/medição pelas tecnologias mais atuais possíveis das ciências biológicas, geográficas e de engenharia em geral, o que possibilita o tratamento preventivo do risco de dano. Uma vez realizada a Avaliação de Impacto Ambiental em processo de Licenciamento Ambiental, o conhecimento dos riscos gera a responsabilidade para as partes em uma contratação pública de buscar a sustentabilidade ambiental.

Dentre a impossibilidade de se evitar o dano ambiental, pelo interesse público na efetiva realização da atividade humana objeto de contrato público, o ordenamento continua tratando a sustentabilidade de forma preventiva através da obrigação de mitigação do impacto ambiental, ao invés de tratar somente de forma punitiva com responsabilização posterior para compensação ou reparação do dano, que pode ser inviável ou ineficaz para o objetivo de proteção do Meio Ambiente. Recente no ordenamento jurídico e ainda muito ligada as especificidades de cada caso concreto, da agenda ambiental e das possibilidades tecnológicas, a obrigação de mitigação do impacto ambiental é ferramenta jurídica importante para a realização da sustentabilidade social, econômica e ambiental. A proteção harmônica dessas dimensões (conquistas jus políticas positivadas no Ordenamento) demonstra que a questão ambiental já constitui compromisso jurídico fundamental para realização da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BARBIERI, José Carlos. Desenvolvimento sustentável: Das origens à agenda 2030. Petrópolis: Editora Vozes, 2020.

BARROSO FILHO, Elesbão de Araújo. Licitações sustentáveis: a observância do critério de sustentabilidade em conformidade com os parâmetros de competitividade, economicidade e proporcionalidade. Brasília, 2012. 120f. –Monografia (Especialização). Instituto Brasiliense de Direito Público. Disponível em: https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/427 Acesso em: 30/05/2022.

BARCZAK, Rafael; Duarte, Fábio. Impactos ambientais da mobilidade urbana: cinco categorias de medidas mitigadoras. Urbe. Revista Brasileira de Gestão Urbana. 2012, v. 4, n. 1, pp. 13-32. Disponível em: https://www.scielo.br/j/urbe/a/ZXSBgxC6QxMwtB7rhHDtLkC/?format=pdf&lang=pt Acesso em: 30/05/22

BOFF, Leonardo. Sustentabilidade: O que é - O que não é. 5ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2016.

BOFF, Salete Oro; LEAL, Dionis Janner. Exigibilidade constitucional da sustentabilidade na contratação pública: normas técnicas e gestão de riscos como instrumentos de eficiência. Fórum de Contratação e Gestão Pública [Recurso Eletrônico]. Belo Horizonte, v.19, n.226, out. 2020. Disponível em: https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/38959. Acesso em: 30/05/2022.

BRASIL, Bárbara Dayana. A contratação pública como mecanismo de fomento para o desenvolvimento sustentável. Em: SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; BITENCOURT, Caroline Müller (org.). Direito Administrativo, Políticas Públicas e Estado Sustentável. Curitiba: Editora Ithala, 2020.

BRASIL. CONAMA. Resolução 01/1986. Disponível em: http://www.ibama.gov.br/sophia/cnia/legislacao/MMA/RE0001-230186.PDF Acesso em: 30/05/2022.

BRASIL. CONAMA. Resolução 237/1997. Revisa e amplia resolução 01 de 1986. Disponível em: http://www.ibama.gov.br/sophia/cnia/legislacao/MMA/RE0237-191297.PDF Acesso em: 30/05/2022.

BRASIL. Decreto 99.274/1990. Regulamenta a Lei nº 6.902, de 27 de abril de 1981, e a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõem, respectivamente sobre a criação de Estações Ecológicas e Áreas de Proteção Ambiental e sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d99274.htm Acesso em: 30/05/2022.

BRASIL. Decreto 9.806/2019. Altera o Decreto nº 99.274, de 6 de junho de 1990, para dispor sobre a composição e o funcionamento do Conselho Nacional do Meio Ambiente – Conama [vide limites pela ADPF 623]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9806.htm Acesso em: 30/05/2022.

BRASIL. Decreto 9.977/2019. Dispõe sobre a Estratégia Nacional de Investimentos e Negócios de Impacto e o Comitê de Investimentos e Negócios de Impacto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9977.htm Acesso em: 30/05/2022.

BRASIL. IBAMA – INSTITUTO BRASILEIRO DE MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS. Cadernos de formação. Volume 1: Política Nacional de Meio Ambiente. Volume 2: Como estruturar o sistema municipal de meio ambiente. Volume 3: Planejando a intervenção ambiental no município. Volume 4: Instrumentos da gestão ambiental municipal. Volume 5: Recursos para a gestão ambiental municipal./ Ministério do Meio Ambiente. Brasília, 2006. Disponível em: https://antigo.mma.gov.br/estruturas/dai_pnc/_arquivos/volume1.pdf https://antigo.mma.gov.br/estruturas/dai_pnc/_arquivos/volume2.pdf https://antigo.mma.gov.br/estruturas/dai_pnc/_arquivos/volume3.pdf https://antigo.mma.gov.br/estruturas/dai_pnc/_arquivos/volume4.pdf https://antigo.mma.gov.br/estruturas/dai_pnc/_arquivos/volume5.pdf https://antigo.mma.gov.br/estruturas/dai_pnc/_arquivos/volume6.pdf Acesso em: 30/05/2022.

BRASIL. IBAMA/MMA. Guia de Avaliação de Impacto Ambiental: Relação Causal de Referência para Sistemas de Transmissão de Energia. Brasilia: DILIC/IBAMA, 2020. Disponível em: https://www.gov.br/ibama/pt-br/assuntos/noticias/2020/ibama-lanca-guia-de-avaliacao-de-impacto-ambiental-para-licenciamento-de-linhas-de-transmissao/20201229Guia_de_Avaliacao_de_Impacto_Ambiental.pdf Acesso em: 30/05/2022.

BRASIL. Lei 6.938/1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm Acesso em: 30/05/2022.

BRASIL. Lei 9.605/1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm Acesso em: 30/05/2022.

BRASIL. Lei 12.187/2009. Institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima - PNMC e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12187.htm Acesso em: 30/05/2022.

BRASIL. Lei Complementar 140/2011. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei no 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp140.htm Acesso em: 30/05/2022.

BRASIL. MMA. Procedimentos de Licenciamento Ambiental do Brasil / Maria Mônica Guedes de Moraes e Camila Costa de Amorim, autoras; Marco Aurélio Belmont e Pablo Ramosandrade Villanueva, Organizadores. Brasília: MMA, 2016. Disponível em: http://pnla.mma.gov.br/images/2018/08/VERS%C3%83O-FINAL-E-BOOK-Procedimentos-do-Lincenciamento-Ambiental-WEB.pdf Acesso em: 30/05/2022.

BRASIL. MMA. Agenda Ambiental na Administração Pública (A3P). Brasília: MMA, 1999. Disponível em: https://www.gov.br/pt-br/servicos/agenda-ambiental-na-administracao-publica-a3p Acesso em: 30/05/2022.

BRASIL. MMA. Responsabilidade socioambiental: Agenda 21 (Rio92). Disponível em: https://antigo.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/agenda-21-global.html Acesso em: 30/05/2022.

BRASIL. SEGES/ME. Portaria 8.678/2021. Dispõe sobre a governança das contratações públicas no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-seges/me-n-8.678-de-19-de-julho-de-2021-332956169 Acesso em: 30/05/2022.

BRASIL. SENADO. Iniciativas sustentáveis para a administração pública, ISAP. Brasília: Senado Federal, Núcleo de Coordenação de Ações Socioambientais, 2019. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/558549/ISAP.pdf?isAllowed=y Acesso em: 30/05/2022.

CARSON, Rachel L. Silent Spring (first pub. 1962). Delhi/Mumbai: Grapevine India Publishers PVT LTD, 2022.

CORONA, Hieda Maria Pagliosa; MELLO, Nilvania Aparecida de; REK, Marcos. A crise ambiental e as alternativas à sustentabilidade na Gestão Pública. Revista Juridica, [S.l.], v. 4, n. 66, p. 549 - 566, jul. 2021. ISSN 2316-753X. Disponível em: http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2267. Acesso em: 30/05/2022.

DE OLIVEIRAA, A. A.; BURSZTYNB, M. Avaliação de impacto ambiental de políticas públicas. Interações (Campo Grande), v. 2, n. 3, 29 fev. 2016. Disponível em: https://www.interacoes.ucdb.br/interacoes/article/view/586 Acesso em: 30/05/2022.

FARIAS, Talden. DA LICENÇA AMBIENTAL E SUA NATUREZA JURÍDICA. Rede, Número 9 – janeiro/fevereiro/março de 2007. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=171

Acesso em: 30/05/2022.

FREITAS, Juarez. Princípio da Sustentabilidade: Licitações e a Redefinição da Proposta Mais Vantajosa. Revista do Direito, p. 74-94, 20 jul. 2012. Disponível em: https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/3234 Acesso em: 30/05/2022.

FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: direito ao futuro. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

GARCIA, F. A.; RIBEIRO, L. C. Licitações públicas sustentáveis. Revista de Direito Administrativo, [S. l.], v. 260, p. 231-, 2012. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8836. Acesso em: 30/05/2022.

GOES, G. A,; MORALES, A. G. Gestão pública e sustentabilidade: desafios, ações e possibilidades. IX Fórum Ambiental da Alta Paulista, v. 9, n. 4, 2013, pp. 199-212. Disponível em: https://publicacoes.amigosdanatureza.org.br/index.php/forum_ambiental/article/download/623/646/1251 . Acesso em: 30/05/2022.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo; GUERRA, Isabella Franco. 30 anos do relatório Brundtland: nosso futuro comum e o desenvolvimento sustentável como diretriz constitucional brasileira. Revista de Direito da Cidade, [S.l.], v. 9, n. 4, p. 1884-1901, out. 2017. ISSN 2317-7721. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/30287 Acesso em: 30/05/2022..

LAUXEN, Mozart da Siva. A mitigação dos impactos de rodovias sobre a fauna: um guia de procedimentos para tomada de decisão. TCC de Especialização em Diversidade e Conservação da Fauna da UFRGS, 2012. Disponível em: https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/72378/000877896.pdf?sequence=1 Acesso em: 30/05/2022.

LÔBO, Josefa Missiliene Cordeiro et al. Estudo sobre Avaliação e proposta de mitigação de Impactos Ambientais em um empreendimento no Município de Jardim, Ceará. Research, Society and Development, v. 9, n. 8, e28985019, 2020. Disponível em: https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/view/5019/4373 Acesso em: 30/05/2022.

MORAES, Ciro Dandolini de; D´AQUINO, Carla de Abreu. Avaliação de impacto ambiental: uma revisão da literatura sobre as principais metodologias. 5º Simpósio de Integração Científica e Tecnológica do Sul Catarinense – SICT-Sul, IFSC, OUTUBRO 19, 2016 – OUTUBRO 20, 2016. Disponível em: https://labhidrogeo.paginas.ufsc.br/files/2016/08/AIA-UMA-REVIS%C3%83O-DA-LITERATURA-SOBRE-AS-PRINCIPAIS-METODOLOGIAS.pdf Acesso em: 30/05/2022.

MOREIRA, Rafael Martins Costa. Direito administrativo e sustentabilidade: o novo controle judicial da Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

PEREIRA JUNIOR, J. T. Sustentabilidade e planejamento: valores constitucionais reitores das contratações administrativas, no estado democrático de direito. Revista de Direito Administrativo, [S. l.], v. 270, p. 81–115, 2015. DOI: 10.12660/rda.v270.2015.58738. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/58738 Acesso em: 30/05/2022.

REIS, Luciano Elias e; BACKES, Camila. A licitação pública e sua finalidade de promover o desenvolvimento nacional sustentável. Revista de Estudos Jurídicos UNESP, Franca, ano 19, n. 30, p. 1-19, ago-dez 2015. Disponível em: http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index Acesso em: 30/05/2022.

ROCHA, S. M. DA; ROCHA, R. R. DE C.; BIAZOTTO, P. D.; LEITE, A. H. O. Sustentabilidade na Administração Pública. REVISTA ESMAT, v. 8, n. 11, p. 105-120, 20 fev. 2017. Disponível em: http://

esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista_esmat/article/view/125/129 Acesso em: 30/05/2022.

SACHS, Ignacy. Caminhos para o desenvolvimento sustentável. Rio de Janeiro, Garamond, 2002.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; BITENCOURT, Caroline Müller (org.). Direito Administrativo, Políticas Públicas e Estado Sustentável. Curitiba: Editora Ithala, 2020.

UN. Conference on the Human Enviroment, Stockholm, 5-16, June, 1972. Disponível em: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/CONF.48/14/REV.1 Acesso em: 30/05/2022.

UN - CMMAD - COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. Nosso futuro comum (Relatório Brundtland). Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getulio Vargas, 1988.

UN - CNUMAD - CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. Declaração do Rio de Janeiro. Estud. av. 6 (15) • Ago 1992. Disponível em: https://www.scielo.br/j/ea/a/szzGBPjxPqnTsHsnMSxFWPL/?lang=pt Acesso em: 30/05/22.

UN - CNUMAD - CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. Agenda 21. UNCED, 1992. Disponível em: https://sustainabledevelopment.un.org/outcomedocuments/agenda21 Acesso em: 30/05/22.

UN - FCCC. The Kyoto Protocol, 1997. Disponível em: https://unfccc.int/process-and-meetings#:2cf7f3b8-5c04-4d8a-95e2-f91ee4e4e85d Acesso em: 30/05/22.

UN. Nationally Appropriate Mitigation Actions (NAMA), 2007. Disponível em: https://unfccc.int/topics/mitigation/workstreams/nationally-appropriate-mitigation-actions#:~:text=NAMAs%20refer%20to%20any%20action,for%20a%20broader%20national%20focus. Acesso em: 30/05/2022.

UN. Millennium development goals and beyond, 2015: GOAL 7: ENSURE ENVIRONMENTAL SUSTAINABILITY. Disponível em: https://www.un.org/millenniumgoals/environ.shtml Acesso em: 30/05/2022.

CAPÍTULO 7

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E A VIRADA TECNOLÓGICA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

Data de aceite: 04/08/2022

Gisele Mazzoni Welsch
Pós Doutora pela Universidade de Heidelberg (Alemanha) e pela PUC-RS. Doutora e Mestre em Teoria da Jurisdição e Processo pela PUC-RS. Professora de cursos de pós-graduação ‹lato sensu› em Processo Civil. Advogada, Professora das Faculdades João Paulo II em Porto Alegre/RS.

Leandro Pamplona
Doutor e Mestre em Direito pela PUCRS na área de concentração de Jurisdição e Processo, Professor da Faculdade João Paulo II em Porto Alegre/RS e Advogado.

Mariângela Guerreiro Milhoranza da Rocha
Pós Doutora em Direito pela PUCRS, Doutora em Direito pela PUCRS, Mestre em Direito pela PUCRS, Especialista em Direito Processual Civil pela PUCRS, Advogada, Professora das Faculdades João Paulo II em Porto Alegre/RS, Advogada, Coordenadora do GEAK – Grupo de Estudos Araken de Assis e Editora do site Páginas de Direito – www.paginasdedireito.com.br.

RESUMO: A evolução é um caminho natural e pelo qual nada escapa. No atual cenário, estamos vivendo a era das inovações tecnológicas disruptivas, transformando nosso dia a dia cada vez mais digital. Evidentemente que a ciência do Direito também está sendo impactada fortemente por esse desenvolvimento tecnológico disruptivo. Há vinte anos seria devaneio pensar em processo integralmente eletrônico, audiência por videoconferência, protocolo de qualquer parte do mundo até às 23:59, e por conta disso, um Fórum aberto durante 24 horas por dia, em todos os dias. Não é de se espantar que num futuro próximo tenhamos Fóruns virtuais. Para analisar a ruptura de paradigma com a chegada da Inteligência Artificial no Direito Processual Civil, o presente estudo, a partir do método bibliográfico e consulta jurisprudencial, aborda a relação do processo civil com a tecnologia, especificamente o impacto da inteligência artificial na jurisdição.

ABSTRACT: Evolution is a natural path and by which nothing escapes. In the current scenario, we are living in the era of disruptive technological innovations, transforming our daily lives increasingly digital. Evidently, the science of law is also being strongly impacted by this disruptive technological development. Twenty years ago it would have been a dream to think of an entirely electronic process, hearing by videoconference, protocol from anywhere in the world until 11:59 pm, and because of that, a Forum open 24 hours a day, every day. It is not surprising that in the near future we will have virtual Forums. To analyze the paradigm shift with the arrival of Artificial Intelligence in Civil Procedural Law, the present study, based on the bibliographic method and jurisprudential consultation, addresses the relationship between civil procedure and technology, specifically the impact of artificial intelligence in jurisdiction.

1 I INTRODUÇÃO

Este ensaio busca averiguar e debater a virada tecnológica do processo civil brasileiro. Com esse mister, *ab initio*, aduz-se que o aperfeiçoamento tecnológico impacta em diferentes setores e desencadeia diversas transformações de cunho social. O progresso sociológico e tecnológico, deflagrados pela Revolução Industrial, por exemplo, trouxe inúmeras consequências à sociedade. Com o surgimento da máquina, a ciência e a tecnologia entraram em patente desenvolvimento, e os desdobramentos ambientais, políticos, sociais e econômicos foram sentidos em larga escala.

No início do século XX, a expansão da indústria trouxe métodos de fabricação e produção mais aprimorados. A sofisticação da nova tecnologia se multiplicou ocupando maiores territórios físicos e comprometendo tanto o meio ambiente como a própria qualidade de vida das pessoas. Se por um lado houve o crescimento industrial desmedido e a expansão acelerada da indústria, por outro houve uma grande pressão para auferir mais lucro e maior resultado econômico. Conforme Boaventura de Sousa Santos (2000), "[...] a produção tornou-se mais acelerada em virtude das exigências do mercado, produzindo externalidades negativas com maior velocidade e escala global".

Seja como for, este fenômeno do aperfeiçoamento e do avanço tecnológico também é visível na esfera jurídica. Para examinar tal fenômeno, em específico na seara processual, o presente texto se debruça na análise da virada tecnológica do processo civil brasileiro. Nesse afã, no que tange à metodologia adotada ao desenvolver a pesquisa, utilizam-se os métodos de abordagem, de procedimento e de interpretação jurídica para enfrentar a cinca propriamente dita. Relativamente aos métodos de abordagem, é observada a utilização de dois diferentes tipos: o dedutivo e o sistêmico. Quanto aos métodos de procedimento, três são os empregados: o procedimento histórico, o comparativo e o monográfico. O método de procedimento histórico é aproveitado com o intuito de investigar acontecimentos e instituições do passado para verificar sua influência na atualidade. Quanto ao procedimento comparativo, este é revisto no sentido de realizar comparações, ao verificar semelhanças e diferenças ante a utilização da Inteligência Artificial nos diversos tribunais brasileiros. Tal método é utilizado, especialmente, na feitura do terceiro item. Por fim, vale-se do procedimento monográfico com a finalidade de explorar as nuances da Inteligência Artificial nos tribunais e, deste exame, obter generalizações. Referentemente ao método de interpretação, o método selecionado é o sociológico, eis que parte do conceito de que o direito é um fenômeno cultural, um processo que se desenvolve no espaço e no tempo em que a vida social, em constante mutação em consequência de fatores exógenos e endógenos, não é estanque e está sempre em verdadeira evolução.

Metodologicamente, traz-se distinções conceituais acerca das definições de tecnologia e de Inteligência Artificial. Logo após, faz-se um breve histórico evolutivo sobre a Inteligência Artificial. Na sequência, examina-se a chegada da Inteligência Artificial para a

automação dos processos judiciais, no Brasil, fazendo-se um levantamento dos principais "robôs" e da automatização de alguns tribunais brasileiros. Passa-se, então, a enfrentar a cinca propriamente dita.

2 I TECNOLOGIA E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Com o desenvolvimento e o aprimoramento da inovação, nos mais diversos campos do conhecimento, a tecnologia desponta como a responsável por aquilo que Klaus Schwab (2018) aponta ser a quarta "revolução industrial". Para o autor, a quarta revolução industrial[1] não é definida por um conjunto de tecnologias emergentes em si mesmas, mas sim pela transição em direção a novos sistemas que foram construídos sobre a infraestrutura da revolução digital. A partir desse pensamento de Schwab, ressai a indagação do que, afinal, é tecnologia[2] e qual o seu impacto para a sociedade hodierna.

Nesse viés, aprioristicamente, assevera-se que não há um conceito inequívoco de tecnologia. Para defini-la, conforme Álvaro Vieira Pinto (2005), há que se analisar quatro significados distintos. Etimologicamente, a tecnologia pode ser entendida como a teoria, a ciência e o estudo das habilidades do fazer. Em um segundo significado, a tecnologia pode ser entendida somente como técnica: o chamado *know how*. Em uma terceira significação, a tecnologia pode ser entendida como "o conjunto de todas as técnicas de que dispõe uma determinada sociedade, em qualquer fase histórica do seu desenvolvimento." Por tal acepção, o conceito de tecnologia varia de acordo com a evolução da própria sociedade e seu conceito estaria intimamente arraigado à historicidade das técnicas. Por fim, em uma quarta dimensão conceitual, a tecnologia nada mais é do que a ideologização da técnica, vale dizer, a partir da ideologização da tecnologia tem-se, inclusive, a sua utilização como instrumento de dominação social.

É a partir da visão da tecnologia, como ideologização da técnica, como instrumento de dominação social por aqueles que possuem condições econômicas para investir em pesquisa cientifica e inovação, o nascedouro da Inteligência Artificial (IA). O início da Inteligência Artificial (IA) é reportado aos anos 1940, quando John Von Neumann, a partir

1. Esta revolução tecnológica foi um processo lento que se desenvolveu (e continua se expandindo) em três distintas etapas: a) 1ª Revolução Industrial: de 1750 a 1860. Nesta fase houve o pioneirismo tecnológico da Inglaterra na invenção da máquina a vapor. A fonte de energia era o carvão e a matéria-prima base da produção era o ferro; b) 2ª Revolução Industrial: de 1860 a 1960. Nesta fase ocorreu a expansão do uso da máquina para outros países como Bélgica, Alemanha e França que utilizavam a energia petrolífera e a energia elétrica. A matéria prima base da produção era o aço; c) 3ª Revolução Industrial: de 1960 até os dias atuais. Nesta última e hodierna fase, ocorre a era da microeletrônica, da informática, da biotecnologia, da nanotecnologia e da robótica. Os desdobramentos ambientais, políticos, sociais e econômicos das duas primeiras fases da Revolução Industrial. (PIERANGELLI, 1988).

2. De acordo com o magistério de Alexandre Morais da Rosa e Bárbara Guasque, "a sociedade pós-moderna se caracteriza pelo surgimento de uma nova revolução – a tecnológica. Pautada pelo tecnocentrismo, a utilização de computadores, internet e tecnologia da informação automatizou a produção, conectou as pessoas proporcionando uma revolução de hábitos e costumes em todos os campos econômicos e sociais." (DA ROSA; GUASQUE, 2021).

de uma visão calcada na matemática, criou o que se denominou de arquitetura binária.[3]

A IA começou a partir da visão de pioneiros, como Allen Newell e Herbert Simon. Allen e Simon foram os fundadores do primeiro laboratório de Inteligência Artificial da Universidade Carnegie Mellon. Já McCarty e Marvin Minsky, em 1959, fundaram o MIT AI Lab. No verão de 1956, os cientistas mais proeminentes desse campo científico, participaram da conferência realizada em Darthmouth College, consoante os ensinamentos de Guilherme Bittencourt (BITTENCOURT, 2001). Outro grande expoente do tema foi Alan Turing cuja pesquisa teve grande repercussão. Turing formulou um teste que ficou conhecido como teste de Turing, o qual consistia em fazer as mesmas perguntas para o homem e para máquina. Caso não houvesse como distinguir quem deu a resposta correta, o homem ou a máquina, o teste teria sucesso. Anos mais tardes, se desenvolveu um computador que, alimentado por determinados algoritmos, foi capaz de ganhar um jogo de xadrez de um ser humano.

Historicamente, nos primórdios, existiam dois grandes estilos de investigação em IA: IA "neats" e IA "scruffies". A IA "neats" diz respeito à manipulação de símbolos e de conceitos abstratos. Paralelamente a esta abordagem, havia a IA "scruffies" ou "coneccionista" que envolvia a pesquisa a partir das redes neurais. Este tipo de IA cria sistemas que tentam gerar inteligência pela aprendizagem e adaptação, ao invés da criação de sistemas desenhados com o objetivo específico de resolver um problema. Assim, em sucinta definição, a Inteligência Artificial (IA) consiste na combinação de algoritmos projetados para criar máquinas que tenham as mesmas habilidades que um ser humano.[4] Stuart Russell e Peter Norvig (1995) diferenciam vários tipos de Inteligência Artificial: a) sistemas que pensam como humanos; b) sistemas que atuam como humanos; c) sistemas que pensam racionalmente e d) sistemas que atuam racionalmente.

O projeto de regulamento do parlamento europeu e do conselho que estabelece regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial (regulamento inteligência artificial) e altera determinados atos legislativos da união, define em seu artigo 3º:

---

3. Conforme Leonel Severo Rocha e Alexandre Tacca (2018), "data de 1943 o primeiro trabalho que envolve a IA. Ele foi desenvolvido por Warren McCulloch e Walter Pitts e propunha um modelo de neurônios artificiais. A base de sua pesquisa esteve alicerçada em três pilares, ou seja, no conhecimento da filosofia básica relacionada com a função dos neurônios do cérebro; o estudo formal da lógica proposicional desenvolvida por Russel/Whitehead; e, por fim, a teoria computacional de Turing."

4. Stuart Russel e Peter Norvig (2013), sobre o conceito de IA, explicam que "definimos a IA como o estudo de agentes que recebem percepções do ambiente e executam ações. Cada agente implementa uma função que mapeia sequências de percepções em ações, e abordaremos diferentes maneiras de representar essas funções, tais como sistemas de produção, agentes reativos, planejadores condicionais em tempo real, redes neurais e sistemas de teoria de decisão. Explicaremos o papel da aprendizagem como uma extensão do alcance do projetista em ambientes desconhecidos e mostraremos que esse papel restringe o projeto de agentes, favorecendo a representação explícita do conhecimento e do raciocínio. Trataremos da robótica e da visão, não como problemas definidos independentemente, mas como ocorrendo a serviço da realização de objetivos. Enfatizamos a importância do ambiente da tarefa na determinação do projeto apropriado de agentes."

> Sistema de inteligência artificial» (sistema de IA), um programa informático desenvolvido com uma ou várias das técnicas e abordagens enumeradas no anexo I, capaz de, tendo em vista um determinado conjunto de objetivos definidos por seres humanos, criar resultados, tais como conteúdos, previsões, recomendações ou decisões, que influenciam os ambientes com os quais interage.[5]

No Brasil, o Projeto de Lei, PL n. 21/2020, define o sistema de inteligência artificial como o sistema baseado em processo computacional que pode, para um determinado conjunto de objetivos definidos pelo homem, fazer previsões e recomendações ou tomar decisões que influenciam ambientes reais ou virtuais. Assim como no caso Europeu, a definição brasileira é bastante ampla e engloba tecnologia existente, mas também promissora, que também está associada a perigos potenciais específicos.[6]

Após estas breves considerações acerca de Tecnologia e IA, a seguir, passa-se à verificação da utilização da IA no processo civil brasileiro.

3 | PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Com os avanços da (IA), foram criados mecanismos que estão sendo utilizados na automação de processos.[7] A chegada da tecnologia ao processo civil brasileiro está acontecendo, de forma gradual.

Em 2006, por exemplo, entrou em vigor a Lei n. 11.419/06. Batizada de Lei do Processo Eletrônico, a finalidade da referida norma, ao alterar artigos do CPC de 1973, foi dispor as regras para a informatização dos processos judiciais. À época, uma das novidades trazidas pelo advento da lei em comento, foi a possibilidade de penhora online prevista no bojo do artigo 655-A do CPC de 73. A digressão consistia na possibilidade de penhora, em dinheiro[8], em conta corrente ou aplicações financeiras. Para tanto, cabia ao exequente requerer ao juiz que este requisitasse à autoridade supervisora do sistema bancário informações sobre a existência de ativos em nome do executado. Para

---

5. COMISSÃO EUROPEIA. **Regulamento COM(2021)** 206. Bruxelas, 21 abr. 2021. Disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021PC0206&from=EN. Acesso em: 28 mai. 2022.

6. Nesse sentido acerca do projeto europeu HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Teoria geral do direito digital**. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p.118.

7. Fausto Morais e Sabrina Staats ensinam que "O crescente desenvolvimento de novas tecnologias impactou a todos no momento em que se fez presente e acessível na vida cotidiana de grande parte da população mundial e brasileira. Também no Sistema do Direito e no Judiciário brasileiro, as tecnologias se fizerem presentes nos últimos anos, principalmente desde o início do uso da internet, com o desenvolvimento de softwares de comunicação interna dos Tribunais e, dentre outros, a utilização do processo eletrônico" (MORAIS; STAATS, 2020).

8. Marcelo Soares Vianna afirma que a Lei n. 11.419/06 veio, somente, regulamentar o que alhures se fazia na práxis forense: "Contudo, refira-se que a preferência do legislador pelo meio eletrônico conforme prescreve o novo art. 655-A, a bem da verdade, tipifica prática forense há muito já observada pelos julgadores, o que inclusive levou o BACEN, já no ano de 2003, a desenvolver o sistema tecnológico BacenJud, por meio do qual os juízes (ou seus auxiliares para tanto autorizados) acessam o endereço eletrônico www.bcb.gov.br/judiciario, inserem suas senhas, preenchem formulários e, de modo ágil, seguro e econômico, obtêm informações acerca da existência de eventuais ativos financeiros em nome dos executados, podendo assim determinar o respectivo bloqueio, penhorando-os; ao que se denomina penhora on-line."(VIANNA, 2007).

Luiz Guilherme Marinoni (2008), “a penhora em dinheiro é a melhor forma de viabilizar a realização do direito de crédito, já que dispensa todo o procedimento destinado a permitir a justa e adequada transformação de bem penhorado – como o imóvel – em dinheiro, eliminando a demora e o custo de atos como a avaliação e a alienação do bem a terceiro”.

Segundo Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (2007), a jurisprudência do STJ está consolidada no sentido de ser plenamente possível a expedição de ofício ao Banco Central requisitando informações em execuções. Em apertada síntese, sobre o instituto em tela, assevera-se que, à época, devíamos observar o disposto no artigo 620 do CPC/73 que rezava, de forma clara, que a execução fosse efetivada através do modo menos gravoso ao executado. Nesse diapasão, o bloqueio de dinheiro pelo sistema Bacen-Jud só poderia ocorrer após a realização de todas as medidas e diligências, por parte do exequente, no sentido de localizar, em nome do executado, bens passíveis de penhora, vale dizer: somente deveria ser admitida a penhora online após o esgotamento de todos os meios possíveis à localização de bens penhoráveis. Portanto, resta cristalino que se o exequente se desincumbiu da realização de todas as diligências possíveis, no sentido de localização de bens penhoráveis, não deve ser admitida a penhora online.[9]

Pois bem, na mesma esguelha de inovação tecnológica jurisdicional, o CPC/15 entrou em vigor trazendo regras para a prática de atos processuais eletrônicos.[10] No diploma

---

9. Nesse mesmo sentido, pronunciou-se a jurisprudência do STJ, ao analisar os ditames da Lei 11.419/06: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA ON LINE. ARESTO RECORRIDO QUE CONCLUIU PELA INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE ESGOTAMENTO DE MEIOS PARA A LOCALIZAÇÃO DE BENS PENHORÁVEIS. VERIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. Esta Corte tem assente o entendimento de admitir a possibilidade de quebra do sigilo bancário (expedição de ofício ao Banco Central para obter informações acerca da existência de ativos financeiros do devedor), desde que esgotados todos os meios para localizar bens passíveis de penhora. 2. Conforme expresso no voto condutor do aresto combatido, o exequente não esgotou todas as diligências na busca de bens passíveis de penhora. Nesta seara especial, a verificação do exaurimento das possibilidades extrajudiciais de localização de bens penhoráveis do agravado é obstada pelo teor da Súmula 7/STJ. 3. Agravo regimental não-provido. (STJ - AgRg-AI 985.614 - SC - Proc. 2007/0281807-5 - 2ª T. - Rel. Min. Mauro Campbell Marques - DJ 12.09.2008)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 544 DO CPC. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. SISTEMA BACEN-JUD. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO AO BANCO CENTRAL PARA AVERIGUAR A EXISTÊNCIA DE ATIVOS FINANCEIROS EM NOME DO DEVEDOR. MEDIDA EXCEPCIONAL. NECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS PRÉVIAS. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 07/STJ. 1. A quebra do sigilo bancário em execução fiscal pressupõe o esgotamento de todos os meios de obtenção pela Fazenda de informações sobre a existência de bens do devedor, restando infrutíferas as diligências nesse sentido, porquanto é assente nesta Corte que o juiz da execução fiscal somente deve deferir pedido de expedição de ofício à Receita Federal e ao BACEN, após o exequente comprovar não ter logrado êxito em suas tentativas. 2. Precedentes do STJ: REsp 903.717/MS (DJ de 26.03.2007); REsp 504.936/MG (DJ de 30.10.2006); REsp 504.936/MG (DJ de 30.10.2006); REsp 851.325/SC (DJ de 05.10.2006); AgRg no REsp 504.250/RS (DJ de 19.09.2005). 3. O sistema BACEN-JUD agiliza a consecução dos fins da execução fiscal, porquanto permite ao juiz ter acesso à existência de dados do devedor, viabilizando a constrição patrimonial do art. 11 da Lei nº 6.830/80. 4. O Tribunal de origem assentou que o sistema BACEN-JUD seria aplicável, se a Fazenda Nacional comprovasse a realização de qualquer diligência para encontrar bens da executada, o que não teria ocorrido, esbarrando a pretensão do ora agravante na Súmula 7/STJ. 5. Agravo regimental desprovido. (STJ - AgRg-AI 965.185 - MG - Proc. 2007/0237768-6 - 1ª T. - Rel. Min. Luiz Fux - DJ 16.06.2008).

10. No tópico, Dierle Nunes, partindo das reflexões de Orna Rabinovich-Einy e Ethan Katsh dentre outros autores, pontifica que “a virada tecnológica no direito não se refere tão somente à informatização/automação judicial e ao emprego de tecnologias no exercício das profissões jurídicas, como v.g. o processo judicial eletrônico ou o e-mail/whatsapp para

processual pátrio, ora vigente, na parte geral, a seção II do título I, capítulo I do Livro IV é dedicada à prática de atos processuais eletrônicos (arts. 193 a 199). Ademais, a chegada da tecnologia ao Poder Judiciário é o nascedouro de outro fenômeno: a robotização do direito processual.

Em suma, os Tribunais Pátrios estão desenvolvendo formas tecnológicas com vista à celeridade e a maior eficiência da prestação jurisdicional. Conforme informações do Superior Tribunal de Justiça, praticamente metade dos tribunais brasileiros possui projetos de Inteligência Artificial operantes ou em desenvolvimento. Estes são os dados apontados no relatório da pesquisa Tecnologia Aplicada à Gestão dos Conflitos no Âmbito do Poder Judiciário Brasileiro, produzido pelo Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário da Fundação Getulio Vargas (CIAPJ/FGV), sob a coordenação do ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Luis Felipe Salomão.[11]

Concernentemente ao Supremo Tribunal Federal (STF), aduz-se que o STF é o primeiro Tribunal Constitucional, no mundo, a usar a Inteligência Artificial. Em apertada síntese, o robô, de nome Victor, se utiliza do mecanismo de aprendizado de máquina (*machine learning*) para realizar atividades de conversão de imagens em textos no processo digital; separação de documentos, classificação das peças processuais e identificação dos temas de repercussão geral de maior incidência. Vale dizer, ele separa e classifica peças processuais para identificar os casos de recursos extraordinários ou de agravo em recursos extraordinários com acerto de 85%. (RIBEIRO; MAZZOLA, 2019). Ainda, recentemente, o Supremo Tribunal Federal (STF) lançou a RAFA 2030 (Redes Artificiais Focadas na Agenda 2030), ferramenta de Inteligência Artificial para classificar as ações de acordo com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU). A função da RAFA 2030 é de auxiliar magistrados e servidores na identificação dos ODS em textos de acórdãos ou de petições iniciais em processos do STF. A iniciativa integra o projeto estratégico da Agenda 2030 e está alinhada com o eixo tecnológico da gestão do ministro Luiz Fux de transformar o Supremo em uma Corte Constitucional Digital, o que expande o acesso à justiça e otimiza a transparência dos trabalhos do Tribunal.[12]

---

auxiliar no fluxo de comunicação, mas no impacto destas tecnologias, com destaque hoje para a inteligência artificial, na mudança dos institutos jurídicos desde seu âmbito propedêutico até o dimensionamento de uma nova racionalidade de sua implementação, sem olvidar a criação de novos institutos (como v.g. algumas plataformas de Online dispute resolution – ODR) e de práticas jurídicas absolutamente inovadoras (v.g. classificadores e clusterização, juízos preditivos, análise semântica latente – LSA, Latente Semantic Analysis, tomada de decisão automatizada, coleta e separação informação as informações e até impactando no design das peças processuais – legal design/visual law). A coleta e análise automáticas de dados de disputas afetarão conceitos, tradições e valores, além dos próprios processos." (NUNES, 2020).

11. INTELIGÊNCIA artificial está presente em metade dos tribunais brasileiros, aponta estudo inédito. **Notícias STJ**, 09 mar. 2021. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/09032021-Inteligencia-artificial-esta-presente-em-metade-dos-tribunais-brasileiros--aponta-estudo-inedito.aspx. Acesso em: 28 mai. 2022.

12. Inteligência artificial permitirá classificação dos processos do STF sob a ótica dos direitos humanos. **Notícias STF**, 17 mai. 2022. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo =487134&ori=1. Acesso em: 25 mai. 2022.

Relativamente ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), cumpre destacar que, desde 2019, foram concebidos três diferentes sistemas: Sócrates, Athos e o e-Juris. O Sócrates tem por finalidade apontar, de forma automática, o cânone constitucional utilizado como fundamento legal para a interposição do recurso, os artigos de lei questionados e os arquétipos citados para comprovar a existência de divergência. O sistema Athos, por seu turno, tem como mote fulcral encontrar, mesmo antes da distribuição, processos que possam ser sujeitos à afetação para julgamento de recursos repetitivos. Ademais, o Athos analisa os processos que possuam entendimentos convergentes ou divergentes, entre os órgãos fracionários do STJ, apontando quais são os casos concretos com matéria de visível relevância e, também, aponta as possíveis distinções ou, até mesmo, as superações de precedentes. Já o sistema e-Juris é adotado pela Secretaria de Jurisprudência do STJ para a extirpação das referências legislativas e jurisprudenciais do acórdão, como também a indicação dos acórdãos principal e sucessivos, sobre um mesmo assunto.[13] No Tribunal Superior do Trabalho (TST), o robô bem-te-vi faz a análise de um dos requisitos de admissibilidade recursal: a tempestividade dos recursos. Além disso, o robô promove a coleta de dados estatísticos como, por exemplo, o número de processos relacionados ao tema, o tempo de efetiva distribuição.

Pois bem, com fulcro no estudo de Darci Guimarães Ribeiro e de Marcelo Mazzola (2019)[14], ressalta-se que sistemas de Inteligência Artificial podem ser utilizados para auxiliar no desenvolvimento do aparelhamento de precedentes[15] do Código de Processo Civil de 2015. Nesse sentido, sistemas de Inteligência Artificial podem ser criados para desenvolver bancos de dados em que conste, de forma clara e concisa, se existe uma jurisprudência

13. INTELIGÊNCIA artificial está presente em metade dos tribunais brasileiros, aponta estudo inédito. **Notícias STJ**, 09 mar. 2021. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/09032021-Inteligencia-artificial-esta-presente-em-metade-dos-tribunais-brasileiros--aponta-estudo-inedito.aspx. Acesso em: 28 mai. 2022.

14. Para os autores, "acreditamos, inclusive, que, em pouco tempo, a Inteligência Artificial poderá revelar, antecipadamente, se um recurso especial ou extraordinário será admitido e posteriormente provido, já que o sistema permitirá identificar os precedentes das cortes, fornecendo um prognóstico de êxito. Nada obstante, as novas tecnologias podem ajudar na identificação das questões repetitivas em ações envolvendo os repeat players, facilitando o mapeamento dos temas que podem ser objeto de Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas e recursos repetitivos. Com o resultado consolidado, os núcleos de inteligência dos tribunais podem subsidiar os julgadores (arts. 69, III e 139, X, do CPC/15), bem como compartilhar as informações com os legitimados extraordinários (MP, Defensoria, etc.), para que estes órgãos tomem as medidas pertinentes e, quiçá, preventivas. Como último registro, enxergamos a possibilidade de contribuição dos robôs em situações de dissídio ou divergência jurisprudencial (por exemplo, para i) cotejo e identificação "das circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados" - art. 1.029, § 1º, do CPC -, no recurso especial interposto com base na aliena "c" do permissivo constitucional; ii) para análise do cabimento do Incidente de Assunção de Competência - art. 947, § 4º do CPC; e iii) para exame do cabimento dos embargos de divergência - art. 1.043 do CPC).20 Com isso, eliminaremos qualquer elemento subjetivo da decisão, tão prejudicial nos dias de hoje." (RIBEIRO; MAZZOLA, 2019).

15. Sabrina Staats, ao analisar o tema, ensina que se pode chamar essa automação, na seara dos precedentes, de Precedentes Artificiais. Nesse passo, informa que "Exemplos paradigmáticos sobre o avanço da IA no Judiciário são os programas VICTOR e RADAR que fazem a classificação de processos e definem se estes se enquadram como Repercussão Geral e Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, respectivamente. Diante da junção dessas duas temáticas é que se chega à ideia de Precedentes Artificiais, como sendo a forma pela qual o Judiciário brasileiro encontrou para dar solução a crise do acumulo de demandas e atender a duração razoável do processo, através da sistematização de demandas repetitivas com a ajuda de programas de inteligência artificial." (STAATS, 2021).

dominante “para permitir o julgamento monocrático dos feitos nas cortes superiores (não há mais espaço para alegações genéricas calcadas em conceitos jurídicos indeterminados - art. 489, § 1º, II, do CPC/15), bem como para a edição de enunciados de súmulas e/ou modulação dos efeitos das decisões.”

Percebe-se, portanto, que os tribunais pátrios, ao valorar a lógica dos precedentes trazida à baila pelo CPC de 2015, podem se utilizar de sistemas de Inteligência Artificial para auxiliar no gerenciamento de informações permitindo, assim, a criação de bancos de dados em que constem todo o conteúdo necessário acerca da sua jurisprudência dominante e funcionem como filtros recursais, que primem tanto pela qualidade quanto pela efetividade da prestação jurisdicional.

4 I CONCLUSÃO

O avanço tecnológico no Direito é um caminho sem volta. Até pode ser admitido o saudosismo, não obstante é impossível lutar contra essas mudanças. O foguete partiu! Resta a melhor adaptação ao que vem.

Toda a mudança gera desconfiança e medo. No campo da aplicação da inteligência artificial ao processo não é diferente. Haverá substituição dos juízes por robôs? Parece que essa é a grande *quaestio* em se tratando de inteligência artificial. Não há qualquer dúvida ou ignávia quando se fala da inteligência artificial auxiliando o magistrado. Surgem as indagações quando estamos a falar da utilização da tecnologia para a tomada de decisões, cumprindo papel superior ao de assistência. Evidentemente que o tema demanda uma discussão mais aprofundada sobre seus limites e hipóteses, especialmente porque decisões automatizadas estariam superexpostas.

Essa questão tangencia algo que, de fato, já acontece atualmente e tem se desenvolvido, ou seja, a utilização em larga escala da inteligência artificial para o auxílio aos magistrados. Conforme visto, STF e STJ já contam com robôs que facilitam o trabalho realizando a identificação e a padronização da classificação dos processos.

A máquina tem a capacidade de padronizar a atividade e realiza-lá em menor espaço de tempo. Antigas atividades como numerar páginas, autuar processo, furar petições há muito já não são realizadas mais por servidores, que podem dispor de seu tempo em situações técnicas.

Nessa quadra, de melhora do serviço ao jurisdicionado, a tecnologia auxilia em muito, e não deve haver qualquer receio em utilizá-la para esse desiderato. Obviamente que, na busca de evitar prejuízos, deverá ocorrer a adequada regulamentação, iniciando-se pela correta definição de inteligência artificial.

A par disso, resta-nos estabelecer a regulação, com especial cuidado aos limites,

pois o objetivo é claro: o Poder Judiciário, representando pelo seu órgão máximo, busca se tornar uma corte constitucional digital.

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Guilherme. **Inteligência Artificial.** Ferramentas e Teorias. 2. ed. Florianópolis: UFSC, 2001.

COELHO, Helder. **Inteligência Artificial em 25 Lições.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

COMISSÃO EUROPEIA. **Regulamento COM(2021) 206**. Bruxelas, 21 abr. 2021. Disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021PC0206&from=EN. Acesso em: 28 mai. 2022.

COPELAND, B. Jack; TURING, Alan. **Can Digital Computers Think?** The Essential Turing. The Ideas that Gave Birth to the Computer. Oxford: Clarendon Press, Oxford, 2004.

DA ROSA, Alexandre Morais; GUASQUE, Bárbara. **O avanço da disrupção nos Tribunais Brasileiros.** Inteligência Artificial e Direito Processual. Os Impactos da Virada Tecnológica no Direito Processual. 2. ed. Salvador: JusPodvum, 2021.

FENOLL, Jordi Nieva. **Inteligencia Artificial y Proceso Judicial.** Madrid: Marcial Pons, 2018.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Teoria geral do direito digital**. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

INTELIGÊNCIA artificial está presente em metade dos tribunais brasileiros, aponta estudo inédito. **Notícias STJ**, 09 mar. 2021. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/09032021-Inteligencia-artificial-esta-presente-em-metade-dos-tribunais-brasileiros--aponta-estudo-inedito.aspx. Acesso em: 28 mai. 2022.

INTELIGÊNCIA artificial permitirá classificação dos processos do STF sob a ótica dos direitos humanos. **Notícias STF**, 17 mai. 2022. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo =487134&ori=1. Acesso em: 25 mai. 2022.

LEE, Kai-Fu. **Inteligência Artificial.** Rio de Janeiro: Globolivros, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. Penhora on Line. **Revista Jurídica**, n. 365, mar. 2008.

MORAIS, Fausto Santos de; STAATS, Sabrina Daiane. O programa Radar como auxílio na resolução das demandas repetitivas e garantia de eficiência processual. **Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico**, Florianópolis, v. 2, n. 20, 2020.

NORVIG, Peter; RUSSEL, Stuart. **Artificial intelligence –** a modern aproach**.** New Jersey: Prentice Hall, 1995.

NUNES, Dierle. Virada Tecnológica no Direito Processual (Da Automação à Transformação): Seria Possível Adaptar o Procedimento pela Tecnologia? *In*.: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro. **Inteligência Artificial e Direito Processual.** Os Impactos da Virada Tecnológica no Direito Processual. Salvador: JusPodvum, 2020.

NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro. **Inteligência Artificial e Direito Processual.** Os Impactos da Virada Tecnológica no Direito Processual. 2. ed. Salvador: JusPodvum, 2021.

PIERANGELLI, José Henrique. Agressões à natureza e proteção dos interesses difusos. **Justitia**, São Paulo, n. 144, p. 9-22, out./dez. 1988, p. 9.

PINTO, Álvaro Vieira. **O Conceito de Tecnologia.** v. I. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

PINTO, Álvaro Vieira. **O Conceito de Tecnologia.** v. II. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

RIBEIRO, Darci Guimarães; MAZZOLA, Marcelo. **Processo e novas tecnologias: desafios e perspectivas.** Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/316523/processo-e-novas-tecnologias--desafios-e-perspectivas. Acesso em: 14 mar. 2022.

ROCHA, Leonel Severo; TACCA, Adriano. Inteligência artificial: reflexos no sistema do direito. **Nomos - Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, v. 38.2, jul.dez/2018.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso; MARCHIORI, Marcelo Ornellas. O Projeto Athos de Inteligência Artificial e o Impacto na Formação dos Precedentes Qualificados no Superior Tribunal de Justiça. *In.*: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro. **Inteligência Artificial e Direito Processual.** Os Impactos da Virada Tecnológica no Direito Processual. Salvador: JusPodvum, 2021.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice:** o social e o político na pós modernidade. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial.** São Paulo: Edipro, 2018.

STAATS, Sabrina Daine. **A ineficiência jurisdicional dos precedentes artificiais.** Dissertação (Mestrado) – IMED, Passo Fundo (RS), 2021.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

VIANNA, Marcelo Soares. Datadez, n.37, mar.-abr. 2007.

CAPÍTULO 8

A SEPARAÇÃO DOS PODERES NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988: UMA ANÁLISE DO PODER EXECUTIVO

Data de aceite: 04/08/2022

Marcos Roberto de Lima Aguirre
Advogado, Doutor em Direito pela UFRGS 2015, Presidente da Comissão de Estágio e Exame de Ordem da OAB/RS 2022/2024, Professor e Coordenador do Curso de Direito da Faculdades João Paulo II - Campus Porto Alegre/RS e Professor Convidado da Especialização em Direito Bancário do Programa de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito da Escola de Direito do Verbo Jurídico. Eleito Conselheiro Consultivo da Fundação Banrisul de Seguridade Social 2019/2022.

RESUMO: O presente trabalho é uma reflexão sobre a Separação dos Poderes na Constituição Federal Brasileira de 1988, que cuida do modelo de organização e separação dos poderes adotados no Brasil através de seus enunciados normativos dado pela Constituição Federal Brasileira de 1988, analisando a relação do Poder Executivo com os Poderes Legislativo e Judiciário.
PALAVRAS-CHAVE: Separação dos Poderes, Constituição Federal Brasileira de 1988, Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário.

ABSTRACT: The present paper is a reflection on the Power Separation on the 1988´s Brazilian Federal Constitution, which deals with the model of organization and separation of he adopted powers in Brazil through its normative enunciations given bu the 1988´s Brazilian Federal Constitution, analising the relations between Executive, Legislative and Judicial Powers.
KEYWORDS: Power Separation, 1988´s Brazilian Federal Constitution, Executive Power, Legislative Power, Judicial Power.

INTRODUÇÃO

O presente estudo versa sobre o Princípio da Separação dos Poderes e sua efetividade frente ao Poder Executivo na Constituição Federal Brasileira de 1988.

A importância do presente trabalho é a necessidade de se criar uma reflexão sobre a Separação dos Poderes na Constituição Federal Brasileira de 1988, que cuida do modelo de organização e separação dos poderes adotados no Brasil através de seus enunciados normativos dado pela Constituição Federal Brasileira de 1988, analisando a relação do Poder Executivo com os demais Poderes Legislativo e Judiciário.

Esta reflexão é obtida mediante o respeito aos princípios e normas constitucionais cuja finalidade é a proteção dos direitos e garantias fundamentais do Estado Democrático de Direito. O trabalho é dividido em dois capítulos, onde se procura traçar uma análise crítica a respeito do tema, definindo e explicitando suas causas e consequências.

No primeiro capítulo, de modo a criar subsídios necessários para a abordagem pretendida neste estudo, são analisadas a origem, evolução histórica e conceituação da

Separação dos Poderes por Montesquieu.

Estabelecida, então, a base necessária para a discussão pretendida, o segundo capítulo versa sobre o modelo de organização e separação dos poderes adotados no Brasil, através da análise do Poder Executivo em relação aos Poderes Legislativo e Judiciário e aos enunciados normativos dados pela Constituição da República Federativa Brasileira de 1988.

Ao final, são lançadas propostas e críticas sobre a problemática em questão, a Separação dos Poderes com a apresentação de comentários e posicionamentos acerca do tema abordado no presente estudo.

SEPARAÇÃO DOS PODERES

Conceito

A separação dos poderes é prevista pela Constituição Federal Brasileira de 1988 em seu artigo dois[1], no qual são previstos os três poderes: o Executivo, o Legislativo, e o Judiciário. O modelo de sistematização do poder aplicado no Brasil fora o idealizado por Montesquieu, compreendendo a separação das funções estatais em três esferas harmônicas e independentes, correspondendo aos poderes. Em relação ao ordenamento jurídico pátrio, a separação de poderes é prevista constitucionalmente como cláusula pétrea, a teor do artigo 60[2] parágrafo 4, inciso III da Constituição Federal.

Montesquieu foi o principal articulador da teoria da Separação dos Poderes, atribuindo à mesma, delimitações mais precisas. Acrescentou a Função Judicial atribuindo-lhe caráter nulo e independente. Para Montesquieu, todo aquele que está no poder tende a dele abusar[3].

> Quando em uma só pessoa, ou em um mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não pode existir liberdade, pois se poderá temer que o mesmo monarca ou mesmo senado criem leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se o poder executivo estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. E se estiver ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo então estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou o dos nobres, ou o do povo, exerce-se estes três poderes: O de criar as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as querelas dos particulares.

---

1. BRASIL. Constituição, 1988. Constituição da República Federativa Brasil de 05 de outubro de 1988. São Paulo: Atlas, 2008. p. 30.
2. BRASIL. Constituição, 1988. Constituição da República Federativa Brasil de 05 de outubro de 1988. São Paulo: Atlas, 2008. p. 52.
3. MONTESQUIEU, *O espírito das leis.* São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 166.

Precisava, pois, de um mecanismo eficiente que impedisse o poder exercido sem limites. Por isso, fez-se necessária a separação dos poderes[4], para que o poder fosse descentralizado e, dessa forma, alcançasse uma forma de governo ideal[5].

A separação dos poderes, para Montesquieu, corresponde na divisão dos Poderes em três esferas[6], quais sejam: Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Ao primeiro corresponderia o Poder de fazer as leis; ao segundo a prerrogativa de julgar as demandas e conflitos entre particulares, e ao terceiro, a aplicação das leis e resoluções geradas pelo Poder Executivo, bem como resolução das "ações prontas", devendo sempre se ater ao que está disposto na lei. Para que não se possa abusar do poder é preciso que, o poder freie o poder[7].

A separação dos poderes é um princípio geral do Direito Constitucional, que precisa ser atendido para que seja alcançado o telos[8] de uma sociedade, a liberdade.

Evolução Histórica

A gênese da teoria da separação dos poderes encontra-se em Aristóteles (382-322 A.C.). Na sua obra, "A Política", mais precisamente em seu livro III, o filósofo isolou três tipos distintos de atos estatais[9], quais sejam: os atos deliberativos, executivos e judiciais.

Aristóteles já demonstrava preocupação com a concentração de poderes nas mãos de um só indivíduo ou corpo de indivíduos, pois considerava injusto e perigoso atribuir-se a um só indivíduo o exercício do poder, havendo também em sua obra uma ligeira referência ao problema da eficiência[10].

No entanto, curiosamente ele não se ateve à funcionalidade dessa separação nem instituiu a independência entre os poderes. Todavia, a era posterior a Aristóteles fora marcada por grandes monarcas, déspotas e tirânicos, não se aplicando os estudos de Política de Aristóteles. Assim, a justificativa para a separação dos poderes não foi buscada em Aristóteles. A separação dos poderes continua sendo construída e questionada junto com a própria evolução do Estado e seus conflitos.

Neste ambiente propício, Maquiavel teceu seus estudos para a criação de sua obra prima, "O Príncipe". Esta obra, apesar de transparecer ser um esquema para a manutenção e o crescimento do poder da monarquia, também estabeleceu um tipo de sistematização do poder[11], com um parlamento como um Poder Legislativo, dividindo poderes com um rei (Poder Executivo) e um Judiciário independente.

4. MONTESQUIEU, O espírito das leis. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 166.
5. LOEWENSTEIN, Karl. Teoria de la Constitución. Barcelona: Ariel, 1970. p. 55.
6. MONTESQUIEU, O espírito das leis. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 165.
7. MONTESQUIEU, O espírito das leis. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 168.
8. LOEWENSTEIN, Karl. Teoria de la Constitución. Barcelona: Ariel, 1970. p. 55.
9. ARISTÓTELES, A Política. São Paulo: Escala, 2004. p. 94.
10. ARISTÓTELES, A Política. São Paulo: Escala, 2004. p. 95.
11. MAQUIAVEL, Nicolló. OPríncipe. São Paulo: Martin Claret, 2007.

O Professor Dalmo Dallari[12] nos coloca uma precisa contribuição:

> Maquiavel louva essa organização porque dava segurança ao rei. Agindo em nome próprio o judiciário poderia proteger os mais fracos, vítimas de ambições das insolências dos poderosos, poupando o rei da necessidade de interferir nas disputas e de, em conseqüência, enfrentar o desagrado dos que não tivessem suas razões acolhidas.

Assim, ao mesmo tempo em que crescia o poder nas mãos de governos absolutistas, se alterava gradativamente o poder das classes sociais, pois se iniciava a ascensão da burguesia, classe social baseada no comércio e ameaçada pela nobreza. Com o advento das grandes conquistas tecnológicas, os burgueses juntavam cada vez mais riquezas e como conseqüência, influência e poder.

A concentração de poderes em uma só pessoa já não era mais favorável à classe emergente, que se transformava num limite para sua expansão. Adiciona-se o nascimento do pensamento político-filosófico da época, o que proporciona o nascimento do movimento político chamado Iluminismo.

As crises de dois regimes políticos diferentes e anteriores foram responsáveis pelo iluminismo jurídico que se insurgiu: O governo dos déspotas esclarecidos e a Revolução Francesa.

O seu contexto era de um emergente movimento europeu insatisfeito com o '*Ancien Regime'* dotado de pensamentos críticos e atitudes renovadoras, ambos fundamentados nos princípios da razão humana. Para tanto, o seu plano de desenvolvimento jurídico é que o mesmo seja elaborado de forma gradual, através de um plano de reforma com uma abordagem sistemática, um Direito Natural Racional no qual o Direito Positivo deveria derivar.

O Iluminismo originou-se no século XVII, tendo se desenvolvido especialmente no século XVIII. Este movimento levou a burguesia a pensar num mundo onde haveria limitações à liberdade civil, trazendo um terreno fértil para esta classe prosperar. Defendia assim, um Estado Constitucional, com uma autoridade dotada de poderes bem definidos.

É a primeira vez que a separação dos poderes surge como doutrina, através de John Locke, considerado o pai do liberalismo político[13], que toma como parâmetro o Estado Inglês do Séc. XVII[14]. Este identificava quatro funções e dois órgãos do poder[15], de praxe a função legislativa para o parlamento e a executiva para o rei. A função exercida pelo rei acumulava uma função federativa, a tratar de questões de segurança, como guerra e paz e de ligas

---

12. DALLARI, Dalmo Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado,* 19ª edição, Editora Saraiva, 1995, São Paulo-SP, p. 186.
13. NICOLA, Ubaldo. Antologia Ilustrada de Filosofia: Das Origens à Idade Moderna. São Paulo: Globo, 2005. p. 268.
14. SOUZA JUNIOR, O Tribunal Constitucional como Poder. São Paulo: Ed. Memória Jurídica, 2002. p.48.
15. NICOLA, Ubaldo. Antologia Ilustrada de Filosofia: Das Origens à Idade Moderna. São Paulo: Globo, 2005. p. 276.

e alianças. Uma outra função empregada ao rei era na definição de Locke[16]: "o poder de fazer o bem público sem subordinar a regras". Apesar disso, o próprio Locke admitia a imprecisão do termo bem público, já que dava margens a certas condutas absolutistas.

Locke, então, propunha um tipo de governo limitado, que seria exercido mediante um contrato entre a sociedade e o governante, evitando-se o caos e possibilitando a emergência do governo constitucional. A constituição[17] seria o contrato estabelecido entre o governante e o povo para que ele pudesse governar. O governante poderia ser destituído a qualquer tempo pelo povo, sendo esse um dos aspectos marcantes da doutrina de Locke. Foi ele o primeiro a delinear os contornos da teoria da separação dos poderes. No entanto, sua teoria favorecia claramente a propriedade privada, o que foi de encontro ao progresso social[18]:

> O Estado, no meu modo de ver, é uma sociedade humana constituída unicamente com o propósito de conservação e promoção dos bens civis. Chamo de bens civis a vida, a liberdade, a integridade física e a ausência de dor, e a propriedade dos objetos externos, como terras, dinheiro, móveis e assim por diante.

Locke não admitia a concentração de poder nas mãos do rei[19]:

> O poder supremo não consiste em tirar de um homem uma parte da sua propriedade sem o seu consentimento. De fato, sendo a conservação da propriedade o fim do governo e a razão pela qual os homens entram em sociedade, é necessariamente pressuposto e requerido que o povo tenha uma propriedade; caso contrário, se deveria supor que, entrando em sociedade, se perderia aquilo que constitui objetivo mesmo de fazer parte dessa sociedade.(...) Dada a fraqueza humana, inclinada a apossar-se do poder, pode ser muito grande a tentação, por parte daqueles que têm o direito de fazer as leis, de se apossar também do direito de executá-las, eximindo-se assim da obediência às leis que eles próprios fazem.

Já que para Locke o rei representava o Poder Executivo que era mero agente do Legislativo, esse sim, o grande poder. Nas palavras do professor Cezar Saldanha[20], "*Locke afirma decididamente a supremacia do Poder Legislativo (§152), sobre o Poder do Rei, quando este não faz parte do Legislativo (§152)".*Defendia ele a adoção de quatro funções divididas em dois órgãos[21]. O Parlamento exerceria a função Legislativa. O rei exerceria a função Executiva, a Federativa (referente a questões de segurança) e a função de fazer o bem público sem subordinar regras. Como já fora dito, o Poder Legislativo tem uma força preponderante na doutrina de Locke.

16. MORRIS, Clarence. Os Grandes Filósofos do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 150.
17. SOUZA JUNIOR, O Tribunal Constitucional como Poder. São Paulo: Ed. Memória Jurídica, 2002. p.50.
18. LOCKE, John. Segundo Tratado sobre o governo. São Paulo: Abril Cultural, 1983. p. 87.
19. LOCKE, John. Segundo Tratado sobre o governo. São Paulo: Abril Cultural, 1983. p. 85.
20. SOUZA JUNIOR, O Tribunal Constitucional como Poder. São Paulo: Ed. Memória Jurídica, 2002. p.50.
21. LOCKE, John. Segundo Tratado sobre o governo. São Paulo: Abril Cultural, 1983. p. 86.

No ano de 1748 a Teoria da Separação dos Poderes ganha relevo através de Montesquieu na obra “De L’Espirit des Lois”. A teoria mostrava a figura dos três poderes, o legislativo, o executivo e o judiciário exercendo seus papéis de uma forma harmoniosa e independente entre os poderes.

Para Montesquieu cada poder apresentava suas funções intrínsecas e distintas[22], admitindo que estas funções sejam exclusivas a um só órgão, mas sendo ideal que o Estado separasse os três órgãos, cada qual com sua função determinada[23].

Com uma forte influência do liberalismo, Montesquieu limita a atuação do Estado[24], ou seja, a intervenção estatal, apenas o poder de julgar e punir. Restando apenas ao executivo a possibilidade de punir aqueles que não cumprissem as leis elaboradas pelo legislativo[25].

A atitude de separar os poderes é vista como uma maneira de reduzir o poder do Estado[26], a Teoria da Separação dos Poderes de Montesquieu passa a ser vista no meio daqueles que procuravam a democracia através de seus ditames constitucionais como sistema de freios e contrapesos[27].

Esta separação é vista em alguns momentos históricos[28] como com a Declaração de Direitos da Virgínia de 1776, porém o maior enfoque se dá através da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada na França em 1789 através de seu artigo 16.

A partir de então, a separação dos poderes é manifestada em todos os movimentos constitucionalistas; como a título de exemplo, a obra de James Madison, “O Federalista”, ao comentar a Constituição norte-americana[29]:

> Essa precaução, tão essencial à liberdade (dizem), foi inteiramente desprezada na organização do Governo Federal, onde os diferentes poderes se acham distribuídos e confundidos com tal exclusão de toda a idéia de ordem e simetria, que muitas das suas partes essenciais ficam expostas a serem esmagadas pelo peso desproporcionado de algumas outras. Não há verdade política de maior valor intrínseco, ou escorada por melhores autoridades, do que aquela em que essa objeção se funda; a acumulação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário nas mãos de um só indivíduo, ou de uma só corporação, seja por efeito de conquista ou de eleição, constitui necessariamente a tirania. (...) Portanto, visto que estes fatos foram o norte de Montesquieu para estabelecer o principio de que se trata, podemos concluir que, quando ele estabeleceu “que não há liberdade todas as vezes que a mesma pessoa ou a mesma corporação legisla e executa ao mesmo tempo, ou por outras palavras, quando o poder de julgar não está bem distinto e

22. SOUZA JUNIOR, O Tribunal Constitucional como Poder. São Paulo: Ed. Memória Jurídica, 2002. p.55.
23. MONTESQUIEU, O espírito das leis. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 166
24. SOUZA JUNIOR, O Tribunal Constitucional como Poder. São Paulo: Ed. Memória Jurídica, 2002. p.56.
25. MONTESQUIEU, O espírito das leis. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 168.
26. SOUZA JUNIOR, O Tribunal Constitucional como Poder. São Paulo: Ed. Memória Jurídica, 2002. p.58.
27. MARIOTTI, Alexandre. Teoria do Estado. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 69.
28. LOEWENSTEIN, Karl. Teoria de la Constitución. Barcelona: Ariel, 1970. p. 54.
29. HAMILTON, MADISON E JAY. O Federalista. Belo Horizonte: Editora Líder. 2003. p. 298, 299 e 300.

> separado do Legislativo e Executivo".

A separação dos poderes passa a ser entendida como na verdade uma separação de funções, nas palavras de Loewenstein[30]:

> Lo que corrientemente, aunque erróneamente, se suele designar como la separación de los poderes estatales, es em realidad la distribucíon de determinadas funciones estatales a diferentes órganos Del Estado. El concepto de "poderes", pese a lo profundamente enraizado que está, debe ser entendido em este contexto de uma manera meramente figurativa. Em la siguiente exposición se preferirá la expresión "separación de funciones" a la de separación de poderes".

Assim verificamos a importância da Separação dos Poderes, sendo que a mesma continua em constante aprimoramento e evolução, atendendo aos constantes avanços da sociedade.

A SEPARAÇÃO DOS PODERES NA CRFB 1988

No Brasil, a Separação dos Poderes como fundamento da igualdade dos mesmos está presente na Constituição da República Federativa Brasileira de 1988. A finalidade é de garantir a igualdade entre os poderes, Aléxy[31] descreve:

> A finalidade das imunidades e garantias previstas para os membros do Legislativo, Executivo e Judiciário, para bem exercerem suas funções estatais deferidas pelo legislador constituinte, deve ser analisada à luz do princípio da igualdade, informador dos direitos fundamentais e de todo o ordenamento constitucional; verdadeiro vetor de interpretação constitucional da Democracia, em virtude de seu valor e de seu caráter principiológico.

Canotilho[32] também contribui acerca da temática, reiterando a necessidade de cooperação institucional:

> Um sistema de governo composto por uma pluralidade de órgãos requer necessariamente que o relacionamento entre os vários centros do poder seja pautado por normas de lealdade constitucional *(Vverfassungstreue, na terminologia alemã)*. A lealdade institucional compreende duas vertentes, uma positiva, outra negativa. A primeira consiste em que os diversos órgãos do poder devem cooperar na medida necessária para realizar os objetivos constitucionais e para permitir o funcionamento do sistema com o mínimo de atritos possíveis. A segunda determina que os titulares dos órgãos no poder devem respeitar-se mutuamente e renunciar a prática de guerrilha institucional, de abuso de poder, de retaliação gratuita ou de desconsideração grosseira. Na verdade, nenhuma cooperação constitucional será possível, sem uma deontologia política, fundada no respeito das pessoas e das instituições e

30. LOEWENSTEIN, Karl. Teoria de la Constitución. Barcelona: Ariel, 1970. p. 56.
31. ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Madri: Centro de Estudos Constitucionales, 1993. p. 135.
32. CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. Os Poderes do Presidente da República. Coimbra, 1991. p. 71.

> num apurado sentido da responsabilidade de Estado (statsmanship).

Assim como o professor Alexandre de Moraes[33], ao exemplificar o verdadeiro sentido dado por Montesquieu.

> Como salientava Montesquieu, o verdadeiro espírito da igualdade está longe da extrema igualdade, tanto quanto o céu da terra. O espírito de igualdade não consiste em fazer que todo mundo mande, ou que ninguém seja mandado; consiste em mandar e obedecer a seus iguais. Não procura não ter chefe; mas só ter como chefes seus iguais. No estado natural, os homens nascem bem na igualdade; mas não poderiam permanecer assim. A sociedade os faz perdê-la, e eles não se tornam de novo iguais senão por meio das leis. Tal é a diferença entre a democracia regrada e aquela que não o é; nesta, só se é igual como cidadão; na outra, também se é igual como magistrado, como senador, como juiz, como pai, como marido, como senhor.

A contribuição de Paulo Bonavides[34] ao estudo do tema:

> Trata-se de um princípio invariavelmente sujeito a renascer das ruínas de todas as reformas políticas e jurídicas e institucionais que intentam bani-lo do novo Direito Constitucional construído por obra das idéias sociais do século. Nem poderia, alias ser diferente, desde que a primeira Constituição do Estado social pôs nos alicerces da divisão dos poderes a proteção suprema dos próprios direitos fundamentais.

Nesse sentido é que o legislador constituinte se imbuiu da tarefa de gerar imunidades recíprocas entre os poderes para o bom e harmônico funcionamento e perpetuidade dos Poderes da República.

Assim, na Constituição no seu Título IV, da organização dos poderes, temos os Poderes Executivo, Legislativo e o Judiciário. Poderes que são independentes; pois não se submetem entre si, não se curvam à vontade um do outro[35]; e são harmônicos, pois verificam as "normas de cortesia e trato recíproco".

Observa-se que todos esses poderes têm suas funções que lhe são típicas, e as funções que lhe são atípicas, a fim de que seja objetivada a interdependência em relação com os demais poderes. Em outras palavras, além de exercerem a função que lhe são precípuas, como, sinteticamente, ao Executivo é a de governar; ao Legislativo a de legislar e ao Judiciário julgar, tem eles também funções atípicas, que correspondem à execução de funções inerentes à sua organização interna; como por exemplo, o Poder Executivo legislar, o do Poder Legislativo de julgar a partir de comissões parlamentares de inquérito e o Poder Judiciário a de administrar a concessão de férias de seus membros e de prover os cargos de juiz de carreira na respectiva jurisdição.

A doutrina da Separação dos Poderes existe para que haja um controle de um poder

---

33. MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 12ª edição, Editora Atlas, 2002, São Paulo-SP. p. 372.
34. BONAVIDES, Paulo.Curso de Direito Constitucional, 4ª edição, Malheiros Editores, 1993, São Paulo-SP. P. 511
35. MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 12ª edição, Editora Atlas, 2002, São Paulo-SP. p. 373.

sobre o outro, a fim de que a ordem constitucional seja alcançada em sua plenitude. Já dizia Montesquieu[36]:

> É necessário combinar os Poderes, regrá-los, temperá-los, fazê-los agir; dar a um Poder, por assim dizer, um lastro para pô-lo em condições de resistir a um outro. É uma obra-prima de legislação que raramente o acaso produz, e raramente se deixa a prudência produzir. (...) Sendo o seu corpo legislativo composto de duas partes, uma acorrentada a outra pela mútua faculdade de impedir. Ambas são amarradas pelo Poder Executivo, o qual o será, por seu turno, pelo Legislativo. Esses três Poderes deveriam originar um impasse, uma inação. Mas como, pelo movimento necessário das coisas, são compelidos a caminhar, eles haverão de caminhar em concerto.

Esta tripartição de poderes adotada no Brasil como forma de sistematizar as funções estatais encontra-se consagrada na Constituição Federal de 1988[37], em seu art. 2°: "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

A partir dessa leitura, os poderes que compõem a estruturação estatal brasileira são, a priori, independentes, devendo, portanto, serem dotados de autonomia[38]. Ainda devem ser harmônicos, comprometendo-se ambos os poderes a obedecerem aos parâmetros adotados, para possibilitar a coexistência pacífica entre eles.

O PODER EXECUTIVO E A SEPARAÇÃO DOS PODERES NA CRFB 1988

O Poder Executivo na CRFB 1988

O Poder Executivo do país é composto pelo Presidente da República e pelos ministros de Estado indicados pelo presidente. Encontra previsão constitucional no artigo 76 da carta magna pátria[39]. Sua função típica é a administração da máquina pública. Compete ainda ao Poder Executivo o exercício dos atos de chefia de estado e de governo, pois, de acordo com o sistema presidencialista adotado pelo Brasil, concentra-se na figura do Presidente da República a chefia de governo e de Estado[40], diferentemente do que ocorre com o sistema parlamentarista, que há uma separação no exercício dessas atribuições. Como chefe de Estado, exerce o Presidente a titularidade nas relações internacionais; representando a unidade Estatal brasileira no quadro internacional. A função de governo se relaciona aos negócios internos[41].

---

36. MONTESQUIEU, O espírito das leis. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 25-26.
37. BRASIL. Constituição, 1988. Constituição da República Federativa Brasil de 05 de outubro de 1988. São Paulo: Atlas, 2008. p. 30.
38.MARIOTTI, Alexandre. *Teoria do Estado.* Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 69.
39. BRASIL. Constituição, 1988. Constituição da República Federativa Brasil de 05 de outubro de 1988. São Paulo: Atlas, 2008. p. 56.
40. MARIOTTI, Alexandre. *Teoria do Estado.* Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 80.
41. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional.* 12ª edição, Editora Atlas, 2002, São Paulo-SP. p. 421.

Nas palavras de Montesquieu, é o Poder Executivo o "definidor e realizador constante da política de ordem interna e das relações exteriores[42]". Assim, além de exercer a função de administração do maquinário estatal, ainda, incumbe ao Poder Executivo o exercício da chefia de governo e de estado, em decorrência da forma presidencialista de governo expressamente adotada pela Constituição[43]. O exercício da chefia de governo compreende as relações políticas e econômicas assumidas no país. Como chefe de Estado, o Presidente da República assume a representação do país no quadro das relações internacionais, "bem como corporifica a unidade interna do Estado"[44].

Assim, ao se estudar de forma crítica a distribuição dos poderes no Brasil, evidencia-se a existência de uma clara preponderância do Poder Executivo sobre os demais poderes, Legislativo e Judiciário, exercendo o Executivo uma grande ingerência nas atividades típicas dos outros poderes de forma indevida. No Brasil, existe uma separação dos poderes diversa da inicialmente idealizada, posto que se concede ao Poder Executivo tamanhos poderes que desvirtuam o propósito da doutrina analisada.

No Sistema Presidencialista Brasileiro, representado pelo Presidente da República, este é o único titular do Poder Executivo[45]. O presidente da República desempenha tanto as funções de chefe de Estado como as funções de chefe de governo. De acordo com o artigo 84 da Constituição Federal[46], essa circunstância acarreta numa *"considerável concentração de poder em uma única pessoa, que representa o Estado, dirige o governo, chefia a administração federal, participa do processo legislativo, nomeia os membros dos Tribunais Superiores, comanda as forças armadas, declara guerra e celebra a paz, entre outras atribuições[47]".*

As atribuições do Presidente da República estão listadas no artigo 84 da Constituição de 1988, que, apesar dos seus 37 incisos, não se esgota e passa a incidir em demais artigos na Constituição.

O professor Cezar Saldanha de Souza Júnior[48] nos traz à tona a maior de todas as mazelas, que é a amalgama da chefia de Estado com a chefia de governo, diferenciando o que é Estado do que é governo:

> Estado não é o mesmo que governo. Enquanto o primeiro é a sociedade política global – o todo -, governo é um dos elementos do Estado, ou seja, o elemento diretor ou conjunto de órgãos que detêm o poder na sociedade política. E em sentido mais estrito – governo é o grupo que exerce, num determinado Estado e em dado momento, a função "executiva". Se o Estado, como unidade social,

---

42. MONTESQUIEU, *O espírito das leis.* São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 165.
43. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional.* 12ª edição, Editora Atlas, 2002, São Paulo-SP. p. 422.
44. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional.* 12ª edição, Editora Atlas, 2002, São Paulo-SP. p. 422.
45. MARIOTTI, Alexandre. *Teoria do Estado.* Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 80.
46. BRASIL. Constituição, 1988. Constituição da República Federativa Brasil de 05 de outubro de 1988. São Paulo: Atlas, 2008. p. 56.
47. MARIOTTI, Alexandre. *Teoria do Estado.* Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 80.
48. SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *A Crise da Democracia no Brasil.* Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 70.

> permanece no tempo, os governos, ao contrário, passam, sucedem-se uns aos outros. Ademais, o Estado, como sociedade global, não se identifica com raças, classes, regiões ou partidos, mas os transcende; a opinião político-partidária dominante. Enfim, o Estado tem objetivos próprios que não se confundem com os objetivos próprios dos governos.

O professor Cezar com a sabedoria que lhe é peculiar continua a distinção: "Como corolário dessa distinção, extrai-se que os processos de preenchimento da chefia de Estado e da chefia de governo não podem ser idênticos, mas devem se conformar à natureza específica de cada uma"[49].

Uma justificação para o aumento de poder está nos estudos do professor Alexandre Mariotti[50]:

> Parte dos problemas do presidencialismo brasileiro tem causas universais, dentre os quais se destaca a passagem do Estado de Direito clássico, liberal e abstencionista, para o Estado Social de Direito, chamado a intervir na sociedade para atenuar as distorções produzidas pelo capitalismo. No contexto desse Estado que, para atingir seus fins, se sobrecarrega de atribuições, a maior fatia cabe ao poder executivo, que, assim, naturalmente tende a crescer na comparação com os outros poderes. Ademais, como continuamos em um Estado de Direito, a ação estatal requer cobertura jurídica, pois ao contrário do particular, o Estado só pode fazer aquilo que a lei permite. Assim, a um Estado sobrecarregado vai corresponder necessariamente uma superprodução legislativa.

Nesse diapasão, verificamos as características do Poder Executivo e do problema gerado pela junção da chefia de Estado com a chefia de governo. Agora passaremos aos problemas a serem enfrentados em relação aos demais poderes.

O PODER EXECUTIVO E O PODER JUDICIÁRIO NA CRFB 1988

Objetiva-se analisar nesse presente tópico a ingerência do Poder Executivo no Poder Judiciário através de seu órgão máximo, mais precisamente no Supremo Tribunal Federal através de sua composição. A composição da Suprema Corte está diretamente ligada à própria legitimidade desta como guardiã da Constituição. No Brasil, para a composição do Supremo fora herdado o modelo americano, onde a escolha dos Magistrados se dá por indicação política[51]. O candidato a membro é escolhido pelo Presidente da República; escolha essa que será, posteriormente, chancelada pelo Senado[52], como se observa pela leitura dos artigos 84, inciso XIV; e artigo 101 da Constituição Federal[53].

---

49. SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *A Crise da Democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 71-72.

50. MARIOTTI, Alexandre. *Teoria do Estado.* Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 83-84.

51. ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. *O Supremo Tribunal Federal nas constituições brasileiras*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p.394.

52. SILVA, Jose Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 559.

53. BRASIL. Constituição, 1988. Constituição da República Federativa Brasil de 05 de outubro de 1988. São Paulo:

Essa forma de composição do Supremo Tribunal Federal causa uma certa estranheza, por gerar um vínculo indesejado entre o ministro indicado e o Presidente da República que o indicou. Este vínculo causa chagas que fatalmente destroem a independência e imparcialidade que todo o juiz necessitaria ter, na hora de julgar.

Na opinião do professor Paulo Bonavides[54]:

> Ora, essa relação pessoal tem havido lastimavelmente no caso da designação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal do Brasil e ocorre de forma assombrosa, preocupante e em tal dimensão crescente, que já provoca uma reação generalizada no País, que procede tanto do meio jurídico como da opinião pública.

Um dos casos de maiores celeumas para o Poder Judiciário Brasileiro foi quando houve uma indicação para ministro do STF em 2002, quando o indicado era advogado geral da União. A Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB)[55], que congrega quinze mil juízes, exarou Nota Oficial de protesto contra a indicação, apoiando-se, entre outras, nas seguintes razões:

> Há longo tempo constata-se que o atual modelo constitucional de escolha de ministro do Supremo Tribunal Federal deve ser modificado, para garantir-se à excelsa Corte maior distância do poder políticopartidário e imagem de absoluta independência nos julgamentos". (...) "inegavelmente é oriundo das instâncias mais próximas das políticas governamentais com as quais mantém notório envolvimento", e, a seguir, exprobra que o jurista qualificara de "manicômio" "o próprio poder ao qual pretende agora ascender.

Entretanto, na defesa desse instituto, a indicação dos ministros do STF realizada pelo Presidente da República, é a de que não compromete a independência e a imparcialidade destes ministros[56]. Uma vez que a estes ministros, são concedidas todas as garantias inerentes à magistratura no momento em que são empossados como a inamovibilidade, a irredutibilidade de vencimentos e a vitaliciedade.

Outrossim, o professor Bonavides nos elucida uma possível temeridade no instituto[57]:

> Com efeito, o novo Presidente da República, cujo mandato se inaugurou em janeiro de 2003, teve a certeza de preencher por nomeação cinco cadeiras vagas em 2003, um em 2004 e outro em 2006. Caso seja reeleito, esse Presidente logrará maioria absoluta com a aposentadoria doutro ministro, prevista para 2007.

Atlas, 2008. p. 56.

54. BONAVIDES, Paulo. *Jurisdição Constitucional e legitimidade*: São Paulo: Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais, 2004. p. 135.

55. Nota disponível no saite da Associação dos Magistrados Brasileiros: http://www.amb.com.br/index.asp?secao=principal

56. ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. *O Supremo Tribunal Federal nas constituições brasileiras*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p.445.

57. BONAVIDES, Paulo. *Jurisdição Constitucional e legitimidade*: São Paulo: Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais, 2004. p. 135.

Um dos aspectos mais temerários desse instituto está na sua discricionariedade em relação à indicação dos ministros do Supremo que é realizada de forma pessoal, posto que ao Presidente cabe somente obedecer aos critérios estabelecidos na Constituição Federal, critérios esses de extrema subjetividade.

Esses critérios constitucionais[58] aos quais deve o Presidente se ater para fazer a indicação dos ministros do Supremo Tribunal Federal são a idade (mais de 35 e menos de 65 anos); o conhecimento (notório saber jurídico); e a reputação (ilibada). Assim, se observa que a escolha do Presidente da República deverá somente obedecer aos critérios que se resume à pessoa do indicado. Estes critérios adotados são de extremo subjetivismo, de difícil aferição prática, e dotados de uma alta discricionariedade na hora do Presidente da República fazer a indicação dos ministros do Supremo Tribunal Federal, o que não se mostra adequado com o Estado Democrático de Direito.

Apesar de constar no artigo 101 que a nomeação dos ministros feita pelo Presidente deverá ser aprovada pela maioria absoluta do Senado Federal, entende-se que tal requisito é de mera formalidade, pois esta escolha feita pelo Presidente da República é submetida à chancela do Senado Federal.

O Professor Paulo Bonavides[59] defende que os critérios de escolha dos ministros do Supremo encontram-se ultrapassados, e não atendem mais aos anseios da sociedade. Esclarece o autor que, pelo princípio da independência e harmonia entre os poderes, "nenhum dos três poderes pode fazer o que bem entender sem que os outros dois interfiram de imediato[60]". Salienta que a escolha dos ministros do Supremo é diametralmente oposta à escolha dos ministros de Estado, uma vez que os ministros de Estado necessariamente possuem a obrigação de colaborar com os planos de governo. Por fim, entendemos tamanha preocupação com o medo de se transformar o Supremo Tribunal Federal que é um tribunal político, em um tribunal *de* políticos.

Importante ressaltar que o que se questiona não é o desatendimento dos critérios de escolha existentes, mas a insuficiência de tais critérios frente à importância da Corte Suprema enquanto guardiã da Constituição.

Neste breve intróito do tema, pretendeu-se analisar que a indicação dos ministros do Supremo realizada pelo Presidente da República concede ao Poder Executivo um meio de interferir e influenciar no Poder Judiciário. Uma vez que esta indicação potencialmente vincula as decisões dos ministros, ferindo a sua imparcialidade, apesar de lhes serem oferecidas todas as garantias dadas a todos os juízes em geral visando à obtenção da sua

58. BRASIL. Constituição, 1988. Constituição da República Federativa Brasil de 05 de outubro de 1988. São Paulo: Atlas, 2008. p. 56.

59. BONAVIDES, Paulo. *Jurisdição Constitucional e legitimidade*: São Paulo: Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais, 2004. p. 137.

60. BONAVIDES, Paulo. *Jurisdição Constitucional e legitimidade*: São Paulo: Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais, 2004. p. 137.

independência.

O PODER EXECUTIVO E O PODER LEGISLATIVO NA CRFB 1988

O Poder Executivo manifesta a sua invasão de competência através do poder de criar leis exercido pelo Presidente da república através das Medidas Provisórias, constantemente editadas e re-editadas.

O artigo 84, inciso XXVI[61], oferece ao Presidente a prerrogativa de editar medida provisória com força de lei. No "caput" art. 62 da Constituição: "Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional". Em outras palavras, compete ao Presidente da República, a maior cadeira do Poder Executivo, a prerrogativa de editar medida provisória, sendo que esta medida provisória imediata possuirá força de lei[62].

A edição das medidas provisórias deve estar condicionada aos critérios constitucionais[63] de relevância e urgência. Entretanto, estes critérios também são, a exemplo do que ocorre com a indicação dos ministros do Supremo, de extrema subjetividade, em face da ausência de controle externo de outro poder, como poderemos extrair das palavras do doutrinador Luís Carlos Martins Alves Jr[64]:

> O Supremo Tribunal Federal é o guardião máximo da Constituição, cabendo-lhe velar pelo respeito de suas normas. A Constituição dotou o cidadão de vários instrumentos de defesa de seus direitos constitucionais e avançou substantivamente com a figura do mandado de injunção, nada obstante, o Supremo Tribunal esvaziou o conteúdo dessa ação constitucional, com uma leitura equivocada do atual regime de direito no qual o País está inserto, quando não decide preenchendo a lacuna inconstitucionalmente deixada pela omissão dos outros poderes. Reparos também merece a atuação do Supremo Tribunal ante o Poder Executivo no tocante à edição de medidas provisórias e ao controle de seus pressupostos constitucionais de urgência e relevância, vez que o Tribunal entende ser de competência discricionária do Presidente da República o exame da conveniência e oportunidade da edição desse instrumento normativo, sem aprofundar o significado constitucional das expressões "urgência" e "relevância", abstendo-se de investigar se o ato preenchia esses pressupostos de validade.

Assim, toda vez que for alegada pelo Presidente da República, uma medida como relevante e urgente, serve também como justificativa para a sua regulação por medida provisória.

---

61. BRASIL. Constituição, 1988. Constituição da República Federativa Brasil de 05 de outubro de 1988. São Paulo: Atlas, 2008. p. 56.

62. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2007. p.208.

63. MARIOTTI, Alexandre. *Medidas Provisórias.* São Paulo: Saraiva, 1998. p. 102.

64. ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. *O Supremo Tribunal Federal nas constituições brasileiras*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p.444.

Por ser critério excepcional, apesar de não ser o que ocorre na prática atualmente, torna-se perceptível uma usurpação de funções do Poder Executivo em relação ao Poder Legislativo.

O professor Alexandre Mariotti[65], ao estudar as medidas provisórias, não deixa de tecer consideráveis críticas:

> É certo que dentre essas verdadeiras causas avulta a preferência indiscriminada do Poder Executivo pela edição de medidas provisórias sobre qualquer assunto e sejam quais forem as circunstâncias presentes. Da mesma forma, entretanto, a assaz menos recordada complacência parlamentar para com essa preferência. Chega a ser curioso, conforme tem percebido o Supremo Tribunal Federal em suas decisões mais recentes, que se invoque ofensa ao princípio da separação dos poderes, em relação a uma prática que só se estabelece com o consentimento do Congresso Nacional, cuja supremacia em matéria legislativa é plenamente preservada pela disciplina do art. 62.

Esta prerrogativa dada ao Poder Executivo põe em cheque a Separação dos Poderes, comprometendo, inevitavelmente, o Estado de Direito. Nos dizeres do ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello[66] ao julgar o caso da reforma agrária os indícios de afronta a separação dos poderes pelo Poder Executivo:

> A edição de medidas provisórias, pelo Presidente da República, para legitimar-se juridicamente, depende, dentre outros requisitos, da estrita observância dos pressupostos constitucionais da urgência e da relevância (CF, art. 62, "caput"). - Os pressupostos da urgência e da relevância, embora conceitos jurídicos relativamente indeterminados e fluidos, mesmo expondo-se, inicialmente, à avaliação discricionária do Presidente da República, estão sujeitos, ainda que excepcionalmente, ao controle do Poder Judiciário, porque compõem a própria estrutura constitucional que disciplina as medidas provisórias, qualificando-se como requisitos legitimadores e juridicamente condicionantes do exercício, pelo Chefe do Poder Executivo, da competência normativa primária que lhe foi outorgada, extraordinariamente, pela Constituição da República. Doutrina. Precedentes. - A possibilidade de controle jurisdicional, mesmo sendo excepcional, apóia-se na necessidade de impedir que o Presidente da República, ao editar medidas provisórias, incida em excesso de poder ou em situação de manifesto abuso institucional, pois o sistema de limitação de poderes não permite que práticas governamentais abusivas venham a prevalecer sobre os postulados constitucionais que informam a concepção democrática de Poder e de Estado, especialmente naquelas hipóteses em que se registrar o exercício anômalo e arbitrário das funções estatais. UTILIZAÇÃO ABUSIVA DE MEDIDAS PROVISÓRIAS - INADMISSIBILIDADE - PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES - COMPETÊNCIA EXTRAORDINÁRIA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. - A crescente apropriação institucional do poder de legislar, por parte dos sucessivos Presidentes da República, tem despertado graves preocupações

65. MARIOTTI, Alexandre. *Medidas Provisórias.* São Paulo: Saraiva, 1998. p. 203.

66. Trata-se de julgamento do STF sobre a ADI/MC 2213/DF cuja relatoria é do Ministro Celso de Mello julgado pelo pleno do STF em 04/04/2002 e publicado no Diário de Justiça em 23/04/2004.

> de ordem jurídica, em razão do fato de a utilização excessiva das medidas provisórias causar profundas distorções que se projetam no plano das relações políticas entre os Poderes Executivo e Legislativo. - Nada pode justificar a utilização abusiva de medidas provisórias, sob pena de o Executivo - quando ausentes razões constitucionais de urgência, necessidade e relevância material -, investir-se, ilegitimamente, na mais relevante função institucional que pertence ao Congresso Nacional, vindo a converter-se, no âmbito da comunidade estatal, em instância hegemônica de poder, afetando, desse modo, com grave prejuízo para o regime das liberdades públicas e sérios reflexos sobre o sistema de "checks and balances", a relação de equilíbrio que necessariamente deve existir entre os Poderes da República. - Cabe, ao Poder Judiciário, no desempenho das funções que lhe são inerentes, impedir que o exercício compulsivo da competência extraordinária de editar medida provisória culmine por introduzir, no processo institucional brasileiro, em matéria legislativa, verdadeiro cesarismo governamental, provocando, assim, graves distorções no modelo político e gerando sérias disfunções comprometedoras da integridade do princípio constitucional da separação de poderes. - Configuração, na espécie, dos pressupostos constitucionais legitimadores das medidas provisórias ora impugnadas. Conseqüente reconhecimento da constitucionalidade formal dos atos presidenciais em questão.

O fenômeno que se percebe no Brasil, portanto, é que há um uso e abuso exagerado do poder de criação de leis concedido ao Presidente da república, o que desvirtua a verdadeira função originária da medida provisória.

O uso recorrente desta espécie legislativa causa uma verdadeira aberração[67] nas relações estabelecidas entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo. Para o Ministro do STF Luís Roberto Barroso, este instrumento compromete, "em muitos casos, a transparência e o debate público que devem preceder a inovação da ordem jurídica.[68]"

O Ministro Luís Roberto Barroso explicita essa disfunção:

> A disfunção só veio a ser coibida, ainda que não integralmente, com a edição da EC n. 32 de 12.09.2001, que previu a vigência da medida provisória pelo prazo máximo de 60 dias, prorrogáveis uma única vez, por igual período, com trancamento da pauta até que haja deliberação por parte de cada uma das Casas do Congresso Nacionalo. Embora a EC 32/2001 tenha reduzido a quantidade de MPs editadas e limitado sua vigência, não se pode dizer que o desiquilíbrio entre os PoderesExecutivo e Legislativo, na matéria, tenha sido superado em definitivo. Ao contrário, o trancamento da pauta tornou-se uma "exceção corriqueira", limitando ainda mais o controle do Congresso Nacional sobre sua própria agenda. A restrição frequente levou a Câmara dos Deputados a adotar uma interpretação ousada da Constituição Federal, tentando limitar o alcance dos trancamentos."[69]

---

67. BONAVIDES, Paulo. *Jurisdição Constitucional e legitimidade*: São Paulo: Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais, 2004. p. 140.
68. BARROSO, Luís Roberto, *A Constituição Brasileira de 1988: Uma Introdução.* In Tratado de Direito Constitucional Volume 1. Coordenação de Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valder do Nascimento. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 28.
69. BARROSO, Luís Roberto, *A Constituição Brasileira de 1988: Uma Introdução.* In Tratado de Direito Constitucional

Em seus estudos, numa análise percuciente, o professor Paulo Bonavides[70] demonstrou a preocupação da ausência de medidas para frearem o uso desse instrumento legislativo sob pena da instauração da crise entre os poderes:

> Se medidas não forem tomadas em tempo para coibir o abuso que tem conduzido a uma politização exagerada da justiça constitucional, a Suprema Corte correrá breve o risco de transformar-se numa sucursal, secretaria judiciária ou cartório do Poder Executivo, exercitando, em favor deste, a função normativa que as Cortes Constitucionais, quer queiram, quer não, têm exercitado, por via interpretativa, na ordem concreta dos fatos e da realidade, como uma espécie de legislativo paralelo e invisível.

Assim, concluímos pela atual conjuntura que o uso da medida provisória tal qual é realizado atualmente é uma aberração estatal, visto que permite ao Presidente da República a sua ingerência na esfera do poder legislativo, destruindo o princípio da separação dos poderes adotado no Brasil, mesmo tratando-se de uma cláusula pétrea.

CONCLUSÃO

Ao término desta investigação sobre a Separação dos Poderes na Constituição Federal Brasileira de 1988 e sua relação com o Poder Executivo, foi possível chegar as seguintes conclusões:

Que a separação dos poderes para Montesquieu corresponde na divisão dos Poderes em três esferas: O Poder Legislativo; Executivo e Judiciário. Essa divisão era uma forma de limitar a atuação do Estado, no intuito de evitar abusos devidos à centralização do poder, sendo o poder o próprio freio do poder.

Verificamos a existência de uma evolução histórica da Separação dos Poderes, tendo seu início nos estudos de Aristóteles e sendo lapidado através dos tempos por grandes pensadores da história, tais como Maquiavel, Locke, Montesquieu, Madison e Loewenstein.

A estrutura de composição dos poderes que compõem a Constituição Brasileira, a priori, são independentes, dotados de autonomia, harmonia, através da igualdade possibilitando a co-existência pacífica entre os mesmos.

O Poder Executivo na Constituição Federal de 1988 possui como seu representante o Presidente da República, dotado de vastas atribuições e com a peculiaridade de ser chefia de Estado e chefia de Governo ao mesmo momento, o que dificulta em grande parte uma governabilidade imparcial e justa, sendo um sistema propenso para a instauração da corrupção.

Volume 1. Coordenação de Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valder do Nascimento. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 28.

70. BONAVIDES, Paulo. *Jurisdição Constitucional e legitimidade*: São Paulo: Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais, 2004. p. 141.

Que o chefe do Poder Executivo, o Presidente da República, ao indicar um ministro que irá compor o Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário, através de critérios amplos, abstratos e discricionários, compromete a separação dos poderes criando uma ingerência do Poder Executivo no Poder Judiciário.

Atualmente, o uso da medida provisória tal qual é realizada é uma aberração estatal, permitindo ao Presidente da República a sua ingerência na esfera do poder legislativo e com isso desrespeitando o princípio da separação dos poderes adotado no Brasil.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudos Constitucionales, 1993.

ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. *O Supremo Tribunal Federal nas constituições brasileiras*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

ARISTÓTELES, *A Política.* São Paulo: Escala, 2004.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.* 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROSO, Luís Roberto, *A Constituição Brasileira de 1988: Uma Introdução.* In Tratado de Direito Constitucional Volume 1. Coordenação de Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valder do Nascimento. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARZOTTO, Luis Fernando. *A democracia na Constituição.* São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005.

___, Prudência e Jurisprudência: uma reflexão epistemológica sobre a 'jurisprudentia' romana a partir de Aristóteles. In: Anuário do programa de pós-graduação em direito. São Leopoldo:UNISINOS, 1999.

___ *Razão de Lei. Contribuição a uma teoria do princípio da legalidade.* Realismo –Revista ibero-americana de Filosofia Política e Filosofia do Direito. Volume 2 – Número 2 – 2007/1.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado.* São Paulo: Malheiros, 1995.

___. *Curso de Direito Constitucional*, 4ª edição, Malheiros Editores, 1993, São Paulo-SP.

___. *Jurisdição Constitucional e legitimidade*: São Paulo: Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais, 2004.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra, 1996.

___*. Os Poderes do Presidente da República*. Coimbra, 1991.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 19ª edição, Editora Saraiva, 1995, São Paulo-SP.

___. *O Futuro do Estado.* São Paulo: Saraiva, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2007.

HAMILTON, MADISON E JAY. *O Federalista.* Belo Horizonte: Editora Líder. 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o governo.* São Paulo: Abril Cultural, 1983.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución.* Barcelona: Ariel, 1970.

MARIOTTI, Alexandre. *Teoria do Estado.* Porto Alegre: Síntese, 1999.

MAQUIAVEL, Nicolai. *O Príncipe.* São Paulo: Martin Claret, 2007.

MONTESQUIEU, *O espírito das leis.* São Paulo: Martin Claret, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional.* 12ª edição, Editora Atlas, 2002, São Paulo-SP.

MORRIS, Clarence. *Os Grandes Filósofos do Direito.* São Paulo: Martins Fontes, 2002.

NICOLA, Ubaldo. *Antologia Ilustrada de Filosofia: Das Origens à Idade Moderna.* São Paulo: Globo, 2005.

REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado.* 3. ed. rev. São Paulo: Martins, 1970.

RIBEIRO BASTOS, Celso. *Curso de Direito Constitucional*. 17ª edição. São Paulo : Saraiva, 1996.

SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitución.* México: Ed. Nacional, 1970.

SILVA, Jose Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *A Crise da Democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

___. *O Tribunal Constitucional como Poder*. São Paulo: Ed. Memória Jurídica, 2002.

___. *A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos*. Porto Alegre: Ed. Ufrgs, 2002.

CAPÍTULO 9

CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELO TRIBUNAL DE CONTAS E LIMITES MATERIAIS DE SUAS DECISÕES

Data de aceite: 04/08/2022

Rafael de Souza Medeiros
Advogado, Bacharel e Mestre em Direito pela UFRGS, doutorando em Direito na Universidade de Heidelberg (Alemanha) e autor do livro “Responsabilidade Tributária de Grupo Econômico”, pela editora Livraria do Advogado.

RESUMO: o objeto deste artigo corresponde ao Tribunal de Contas e aos limites materiais das suas decisões. Para desenvolvê-lo, traça-se brevemente a formação no Brasil desse órgão e apresenta-se o desenvolvimento das concepções atualmente vigentes de controle na Administração pública. Parte-se então para a análise da estrutura normativa definida pela Constituição Federal de 1988 sobre a matéria e, a partir dessas premissas, busca-se desenvolver critérios interpretativos a serem aplicados para a delimitação do alcance do poder de controle do Tribunal de Contas (e o seu grau de vinculatividade), tendo em conta parâmetro de correção adotado (em especial, legalidade, legitimidade e economicidade).

ABSTRACT: the object of this article corresponds to the Audit Court and the material limits of its decisions. In order to develop it, the formation of this entity in Brazil is briefly outlined and the development of the current conceptions of control in public administration is presented. We then proceed to analyze the normative structure defined by the Federal Constitution of 1988 on the matter and, based on these premises, we seek to develop interpretative criteria to be applied to delimit the scope of the Audit Court’s control power (and its degree of binding), taking into account the adopted parameter of correctness (in particular, lawfulness, legitimacy and economic efficiency).

1 I INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe-se a analisar o controle externo exercido sobre a Administração pública pelo Tribunal de Contas, especialmente no que tange aos limites materiais das suas decisões a partir dos critérios que norteiam a sua atuação. Trata-se de tema de suma importância para a definição das funções atribuídas aos órgãos de fiscalização e de monitoramento da gestão orçamentário-financeira da Administração pública que – como ora é proposto – pode ser estruturado a partir de conceitos e critérios que forneçam ao intérprete algo a mais além do próprio conteúdo expresso da Constituição ou da remissão aos antecedentes históricos do Tribunal de Contas.

Com efeito, o estudo não se escusará de propor soluções interpretativas que, ao menos, oferecerem uma perspectiva em alguma medida diferenciada. Frise-se, por outro lado, que, longe de ignorar ou dispensar a produção doutrinária desenvolvida até o presente momento, o

presente artigo parte de tais marcos para, criticamente, buscar contribuir para a ciência jurídica no que diz respeito à questão em tela.

Para tanto, traçar-se-á uma perspectiva macro do Tribunal de Contas a partir do controle executado por outros órgãos e métodos de controle, averiguando o alcance da competência da corte sobre estes de acordo com os parâmetros de controle eleitos pela Constituição, ou seja, buscar-se-á delimitar onde se encontram os limites exógenos das atribuições do Tribunal de Contas no controle das decisões da Administração. Em resumo, a pretensão é responder à seguinte indagação: qual o alcance do controle exercido pelo Tribunal de Contas a partir da legalidade, da legitimidade e da economicidade sobre os atos do administrador, considerando as funções atribuídas à Administração e a outros órgãos de controle?

A resposta a essa questão demanda apresentação do Tribunal de Contas, começando com breves considerações históricas, ainda que essa não seja o principal critério interpretativo empregado no presente trabalho. Posteriormente, serão traçados os contornos do Tribunal de Contas na Constituição de 1988, de modo a estabelecer os pressupostos de um conceito básico de controle e a forma do seu exercício pelo Tribunal, isto é, qual a medida do controle realizado pela corte de contas em suas funções que, desde já se destaque, não têm todas idêntica natureza.

Traçados esses aspectos conceituais, serão expostos alguns outros controles exercidos sobre e pela Administração com base nos quais se buscará definir o alcance das decisões do Tribunal de Contas tendo como parâmetro de correção a jurisprudência administrativa e judiciária. Evidentemente que existem mais órgãos e mecanismos de controle do que aqueles apresentados, porém, em face do corte metodológico proposto e dos limites quantitativos da presente espécie de trabalho, o campo de análise cingir-se-á àqueles mais relevante para a abordagem oferecida. A partir desses pontos, pretende-se traçar os limites materiais das decisões do Tribunal de Contas.

2 | GENEALOGIA DO TRIBUNAL DE CONTAS E CONCEPÇÃO DE CONTROLE

2.1 Tribunal de Contas no Brasil

A instituição do Tribunal de Contas no Brasil remonta ao início da República, tendo sido constituído por meio da edição do Decreto 966-A de 1890, redigido por Rui Barbosa, então Ministro da Fazenda[1], embora a constituição no Brasil de uma corte de contas tenha sido objeto de debates durante todo o período imperial. À época, o órgão foi estruturado com base em um modelo de registro prévio, cabendo-lhe basicamente as funções de controle contábil e orçamentário antes da prestação de contas pelo Poder Executivo ao

1. MARANHÃO, Jarbas. Origem dos tribunais de contas: evolução do tribunal de contas no Brasil. In: *Revista de Informação Legislativa,* ano 29, n. 113, jan/mar, 1992, p. 328.

Congresso Nacional[2].

Pouco tempo depois, a Constituição de 1891 previu expressamente a existência do Tribunal de Contas, atribuindo-lhe a missão de "liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade"[3]. Destaque-se que, desde então, o órgão sempre esteve presente nas Constituições brasileiras.

À referida competência outorgada pela Constituição de 1891, outras foram somadas paulatinamente pelos diplomas constitucionais supervenientes. Nesse sentido, a Constituição de 1934 estabeleceu as funções ao Tribunal de Contas de acompanhamento da execução orçamentária, julgamento das contas dos responsáveis por dinheiro público entre outras[4]. Em 1946, somou-se ainda o julgamento da legalidade da concessão de aposentadorias, reformas e pensões.

Não obstante essa gradativa expansão do âmbito de controle exercido pelo órgão, houve momentos de retrocesso nessa tendência, identificados com os períodos ditatoriais vivenciados no Brasil. Tal restrição à atividade do Tribunal de Contas é marcante na Constituição de 1937, em que o exame das contas presidenciais foi excluído das competências da corte, e, mais intensamente, na Constituição de 1967, outorgada pela ditadura militar, em que lhe foi retirada, por exemplo, a competência para a verificação da legalidade das aposentadorias, reformas e pensões[5].

O diploma de 1967, ademais, modificou a forma de controle executado pelo Tribunal de Contas ao estabelecer o sistema de controle posterior dos atos e contratos administrativos, em detrimento do modelo de controle prévio até então vigente[6].

De toda sorte, percebe-se que o controle desempenhado pelo Tribunal de Contas consolidou-se no campo financeiro-orçamentário, adquirindo ao longo do tempo atribuições de auditoria e de fiscalização mais amplas do que o mero fechamento das contas do Poder Executivo. Na verdade, passou-se de uma noção estrita e simplificada acerca do conteúdo das "contas públicas" para outra mais consentânea com o complexo campo envolvendo a seara orçamentário-financeira da Administração pública.

De outra banda, merece referência, para fins de demonstração das dificuldades jurídicas envolvendo o Tribunal de Contas, o fato de que, na Constituição de 1891, o órgão estava inserido no Título das "Disposições Gerais"[7]. Na Constituição de 1934, a corte foi

---

2. GONÇALVES NETO, Luiz Alonso. O controle da regulação – limites do controle do tribunal de contas aos atos de agências reguladoras. In: *Interesse Público*, vol. 9, n. 43, jun, 2007, p. 208.

3. MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 127.

4. MARANHÃO, Jarbas. Origem dos tribunais de contas: evolução do tribunal de contas no Brasil. Op. cit., p. 328.

5. GONÇALVES NETO, Luiz Alonso. O controle da regulação – limites do controle do tribunal de contas aos atos de agências reguladoras. Op. cit., p. 209.

6. SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de controle dos tribunais de contas possibilidades e limites. In: *Contratações Públicas e seu Controle*. Vol. 1. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 192. MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. Op. cit., p. 139.

7. MEDAUAR, Odete. Controle da administração pública pelo tribunal de contas. In: *Revista de Informação Legislativa*, vol. 27, n. 108, dez, 1990, p. 115.

deslocada para o capítulo dos “Órgãos de Cooperação nas Entidades Governamentais”, justaposto ao Ministério Público. Posteriormente, a Constituição de 1.937 incluiu o Tribunal de Contas no trecho correspondente ao Poder Judiciário. Por fim, a partir da Constituição de 1967, passou a ser inserido no capítulo correspondente ao Poder Legislativo[8].

Além de fazer referência ao órgão em outros dispositivos isolados, a Constituição 1988 traz o núcleo das disposições sobre o Tribunal de Contas em seus artigos 70 a 75, correspondentes à Seção da “Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária”, inserido, como já mencionado, no Capítulo referente ao Poder Legislativo.

Ainda que instigante, a controvérsia sobre uma eventual subordinação do Tribunal de Contas ao Poder Legislativo e sobre a sua natureza jurídica escapa ao objeto do presente trabalho. Para o momento e para os propósitos deste estudo, o que ganha relevo a partir da inconstância topológica do Tribunal de Contas nos diversos textos constitucionais é a dificuldade de definir a sua natureza jurídica e, concomitantemente, os limites da sua competência. Observa-se, de outra banda, que o seu escopo de atuação resta consolidado no campo do controle orçamentário-financeira, de modo que não corresponde às suas atribuições constitucionais um papel de revisor geral da Administração pública[9].

2.2 Conceito de Controle e Competência do Tribunal de Contas

Previamente à investigação dos limites materiais das decisões do Tribunal de Contas, faz-se imprescindível estabelecer a partir da Constituição o que se deve entender por “controle”, ou seja, é pressuposto inescapável do estudo a fixação de um conceito mínimo do que se deve entender por controle para avançar solidamente no tema.

Para esse propósito, válida a alusão às lições de Ricardo Lobo Torres, o qual sustenta que o Tribunal de Contas está essencialmente ligado aos direitos fundamentais, em sua dimensão financeira[10]. É possível inferir dessa concepção, que efetivamente perpassa o texto Constitucional, uma perspectiva de “controle” como poder exercido pela sociedade, no sentido de fiscalização dos atos administrativos e do exercício das atividades públicas, o que se coaduna com a novidade inserida no artigo 74, § 2º, dispositivo que outorga ao cidadão a possibilidade de denunciar irregularidades à corte.

Tal vinculação do controle orçamentário-financeiro exercido pelo Tribunal de Contas com os direitos fundamentais do cidadão, entretanto, é mais intensa do que a mera possibilidade de apresentar uma denúncia: na verdade, ela reflete uma intenção do Constituinte de 1988 de outorgar meios à sociedade para combater práticas de corrupção, evitar o mal uso do dinheiro público, impor a transparência das contas públicas e estimular

---

8. Idem, p. 115.

9. SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de controle dos tribunais de contas possibilidades e limites. In: *Contratações Públicas e seu Controle*. Op. cit., p. 181.

10. TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 210.

a responsabilização de agentes públicos que andam mal na utilização do erário[11].

Exsurge do texto constitucional, pois, uma compreensão de controle como capacidade de fiscalização, seja no sentido de publicização da gestão orçamentária, seja no sentido de correção de ilicitudes e penalização dos responsáveis. A complexa gestão orçamentário-financeiro das contas públicas e a inserção direta e indireta do Estado na atividade econômica revelam assim dois sentidos de controle: uma acepção fraca, como cognoscibilidade das contas públicas, e outra forte, como revisibilidade dos atos administrativos que envolvam o âmbito orçamentário-financeiro da atividade estatal.

Quanto à acepção fraca, veja-se que é atribuição constitucional do Tribunal de Contas fornecer auxílio não apenas ao Legislativo, mas também ao Executivo, ao Judiciário e à sociedade, na fiscalização da Administração pública, ou seja, no exercício do controle externo sobre a Administração através da publicização das contas públicas e do apontamento técnico de eventuais incongruências ou decisões ineficientes economicamente. Nesses casos, o parâmetro de controle não é a legalidade, mas a legitimidade e a economicidade, aspectos eleitos pela Constituição no artigo 70 para servirem de critério no exame contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial. A propósito, cabe esclarecer, ainda que brevemente, que legitimidade pode ser entendida como adequação aos princípios orçamentários[12] e à existência de uma razão de ser para o ato, enquanto economicidade diz respeito ao melhor desempenho da Administração em termos de recursos utilizados e ganho obtido[13], isto é, um princípio da eficiência no campo orçamentário.

Ao exercer atividades, por exemplo, de prestação de informações sobre fiscalização, contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias (artigo 71, VII), o que se observa não é um controle no sentido de anulabilidade ou mesmo de vinculatividade, mas de acordo com uma pretensão de explicitação de eventuais inconsistências, de mero exame crítico, de fiscalização em um sentido fraco ou "técnico-opinativo" [14].

Em resumo, o sentido fraco de controle diz respeito às atividades do Tribunal de Contas cujas decisões sejam carentes de vinculatividade, tendo como parâmetros a legitimidade e a economicidade.

A Constituição apresenta ainda uma segunda acepção de controle, de viés forte: no exame de legalidade das contas públicas – na análise da correção do uso do dinheiro público pelos Chefes dos Poderes Legislativo e Judiciário e dos demais administradores públicos, por exemplo – a competência atribuída ao Tribunal de Contas é de "julgá-las", nos termos do artigo 71, II. Esse sentido forte de controle tem função de comando. É um ato de

11. Idem, p. 211.
12. MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. Op. cit., p. 131.
13. Idem.
14. SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de controle dos tribunais de contas possibilidades e limites. In: *Contratações Públicas e seu Controle*. Op. cit., p. 200.

comando[15] dotado de cunho coercitivo, cujo parâmetro de controle cinge-se à legalidade.

No mesmo compasso, o inciso III do artigo 71 da Constituição incumbe ao Tribunal de Contas a apreciação da "legalidade dos atos de admissão de pessoal", ou seja, não é atribuição da corte eventual avaliação acerca da escolha política da contratação, se esta é compatível em termos de economicidade e de legitimidade. O único critério de avaliação é a legalidade, cuja vulneração autoriza o Tribunal de Contas a determinar a revisão do ato.

Veja-se ainda o inciso IX do mesmo dispositivo constitucional, que outorga ao Tribunal de Contas o poder-dever de fixar prazo para órgão ou entidade adequar-se ao "exato cumprimento da lei" e, como se não bastasse, "se verificada ilegalidade", quedando o enunciado em tautologia que, nada obstante, corrobora a exclusão dos critérios de economicidade e legitimidade das hipóteses capazes de ensejar a revisão do ato administrativo.

Do sentido forte de controle decorre justamente a competência do Tribunal de Contas para imputar débitos e aplicar multas em caso de ilegalidade ou irregularidade de contas, como se conclui da previsão do inciso VIII do artigo 71 da Constituição.

Essa diferenciação de intensidade de controle de acordo com critérios próprios é razoável quando sopesadas as particularidades inerentes à Administração: não necessariamente uma política pública que não observe a economicidade pode ser considerada lesiva ao interesse público, na medida em que pode estar voltada para a consecução de outros fins igualmente válidos[16]. Conforme exemplificado na segunda parte do artigo, a Administração não está adstrita à escolha mais eficiente na fixação de tarifas de transporte público caso contemple com essa medida uma estratégia de política mais ampla e tenha por pretensão alcançar outros objetivos públicos relevantes. O limite dessa liberdade do gestor reside na legalidade[17].

A concomitância dessas duas acepções de controle na Constituição é exemplificada pelo acórdão exarado na ADI 849-8 MT[18], na qual o Supremo Tribunal Federal deferiu liminar para suspensão de Emenda Constitucional à Constituição do Estado do Mato Grosso que acrescia a apreciação das contas da Mesa da Assembleia Legislativa ao mesmo tipo de controle incidente sobre as contas do Governador do Estado. Tinha a seguinte redação o artigo constitucional já alterado:

> Art. 47 O Controle externo, a cargo da Assembléia Legislativa, é exercido com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado, ao qual compete:

15. SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de controle dos tribunais de contas possibilidades e limites. In: *Contratações Públicas e seu Controle*. Op. cit., p. 184.

16. GONÇALVES NETO, Luiz Alonso. O controle da regulação – limites do controle do tribunal de contas aos atos de agências reguladoras. Op. cit., p. 233.

17. FRANÇA, Phillip Gil. O controle da administração pública e sua efetividade no estado contemporâneo. In: *Interesse Público*, vol. 9, n. 43, jun, 2007, p. 179.

18. ADI 849, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 11/02/1999, DJ 23-04-1999 PP-00001 EMENT VOL-01947-01 PP-00043.

> I. Apreciar as contas prestadas anualmente pelo Governador do Estado, e pela Mesa da Assembléia Legislativa, mediante parecer prévio a ser elaborado em sessenta dias a contar do seu recebimento e enviado à Assembléia Legislativa para julgamento.

O STF entendeu inconstitucional a alteração do tipo de controle exercido pelo Tribunal de Contas sobre os gestores públicos vinculados ao Poder Legislativo, uma vez que configurava, na realidade, uma alteração da competência do Tribunal de Contas estadual, cujo controle em sentido forte seria substituído pelo fraco sobre as contas do Chefe do parlamento, conflitando assim com a previsão do artigo 71, II, da Constituição federal.

Em outras palavras, o constituinte derivado não pode alterar o tipo de controle exercido pelo Tribunal de Contas sobre as contas dos gestores públicos, fato que explicita uma diferença substancial entre as acepções forte e fraca do controle exercido pelas cortes de contas.

Em resumo, pode-se falar em controle de dois modos (ou naturezas): como cognição – ou seja, em sentido fraco, como atividade meramente opinativa, cujos critérios são a legitimidade e a economicidade – e como revisão – ou seja, em sentido forte, como atividade revisora de cunho vinculante e tendo como parâmetro exclusivo a legalidade).

Cabe ressalvar, todavia, o exame das contas do Chefe do Executivo pelo Tribunal de Contas, o qual goza de regramento diferenciado a teor do disposto no inciso I do artigo 71 da Constituição[19]. Nessa hipótese, tem-se a fiscalização das contas sob o critério da legalidade, entretanto o controle exercido resulta em um "parecer prévio", desprovido de vinculatividade, de modo que, ainda que o Tribunal de Contas exerça as suas funções de controle externo sob o prisma da legalidade na apreciação das contas do Presidente da República, o faz em sentido fraco por força de expressa previsão constitucional, tendo em vista o caráter fortemente político concernente à aprovação das contas prestadas pelo Chefe do Executivo.

2.3 Alcance do Controle: Legalidade, Legitimidade e Economicidade

Elaborado um conceito de controle de acordo com os seus modos de exercício, resta ainda averiguar qual a medida desse controle, ou seja, analisar a "verticalidade" do exame incidente sobre os atos dos gestores públicos, o que servirá para definir os limites das decisões do Tribunal de Contas em face dos órgãos da Administração. Em outras palavras, cumpre indagar se o Tribunal pode tocar o cerne da decisão administrativa – examinar a sua motivação – ou se deve ater-se a questões mais periféricas em relação ao núcleo de vontade subjacente ao ato administrativo.

19. "Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:
I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento".

No controle dos atos administrativos pelo Tribunal de Contas sob o aspecto da legalidade, é pressuposto necessário fixar qual o tipo de legalidade de que se trata. Dos artigos 70 e 71 da Constituição, conclui-se que cabe à corte de contas a análise contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos atos administrativos. Ainda que esse objeto envolva múltiplas perspectivas de avaliação do ato administrativo, observa-se de imediato a sua restrição ao controle de ordem orçamentário-financeiro em sentido amplo.

Com efeito, a competência do Tribunal de Contas – e, por conseguinte, o alcance das suas decisões – envolve a legalidade como regra, não como princípio[20], e apenas nas matérias envolvendo aspectos orçamentário-financeiros. O exame de legalidade dá-se sobre a forma no sentido de exame de adequação ao ordenamento jurídico restrito ao "modo" de se fazer e não sobre "o que" fazer.

Tal conclusão coaduna-se com o enunciado da Súmula 347 do STF[21], cuja autorização para o exame de constitucionalidade pelo Tribunal de Contas não implica a equiparação do seu controle de adequação dos atos administrativos à Constituição àquele exercido pelo Poder Judiciário, mas se cinge à estrita validade da norma, ou seja, sem adentrar em questões de cunho, por exemplo, principiológico envolvendo o mérito da decisão administrativa.

Com efeito, não é dado ao Tribunal de Contas invadir o mérito da decisão do administrador, o que implica em reconhecer que o exame de legalidade realizado pela corte de Contas deve ser considerado formal, pois leva em conta apenas a compatibilidade genérica da interpretação adotada a partir da lei com o texto constitucional e dos atos infralegais com o texto legal, de modo a subtrair-se de indagações acerca da "melhor interpretação" ou daquela mais condizente com princípios constitucionais que eventualmente poderiam ser convocados para privilegiar determinado resultado interpretativo em detrimento das demais interpretações possíveis[22].

Nesse compasso, considerando o dispositivo em que inserido na Constituição e a sua compatibilização com a integralidade do sistema constitucional, a interpretação do termo "legalidade" no que se refere à competência do Tribunal de Contas outorga-lhe tão somente a função de controlar as contas públicas em termos contábeis, financeiros, orçamentários, operacionais e patrimoniais, isto é, se em determinado município, por exemplo, os recursos destinados à construção de escolas foi de fato aplicado, se havia previsão orçamentária, se não houve superfaturamento entre outros vícios.

---

20. Sobre a diferenciação das normas entre regras, princípios e postulados, adota-se a perspectiva analítica desenvolvida por Humberto Ávila (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.* 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014).

21. "O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público".

22. GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 59.

No entanto, o mérito da despesa administrativa – se seria melhor construir escolas em relação a hospitais – escapa do âmbito de controle do Tribunal de Contas, sob pena de afronta ao princípio da separação dos poderes. Do contrário, todo e qualquer ato administrativo envolvendo a escolha por uma política pública ou por uma estratégia de ação governamental teria de ter a sua legalidade avaliada pelo Tribunal de Contas não apenas no sentido de correta aplicação dos recursos, da existência de caixa suficiente ou do respeito aos procedimentos legais para o dispêndio, mas também em relação à oportunidade e à conveniência da despesa pública, excluindo integralmente o âmbito da reserva de discricionariedade do administrador.

Por outro lado, sob os parâmetros da legitimidade e da economicidade, o controle em sentido fraco, pode-se cogitar de uma análise mais exaustiva, mais exauriente do ato administrativo. Ao realizar uma auditoria, o Tribunal de Contas pode, por exemplo, sugerir alternativas, fazer recomendações, propor melhorias que tornem a Administração pública mais eficiente. Nesse caso, haverá sim uma avaliação do mérito de políticas públicas estrategicamente adotadas pelo gestor[23], imiscuindo-se, ainda que sem vinculatividade, no exame da oportunidade e da conveniência do ato administrativo controlado.

Não se verifica nessa hipótese um tipo de atuação pautada no “cumprimento da legislação substantiva, mas sim uma avaliação de performance da entidade”[24], de modo que o mérito do ato do administrador no exercício da atividade de cunho discricionário será objeto de análise, ainda que não se sujeite à revisão.

Portanto, o controle procedido pelo Tribunal de Contas, a partir da legalidade volta-se ao meio, não lhe cabendo apreciar o fim propriamente dito, ou seja, diz respeito à adequada relação entre meio e fim, à legalidade formal do seu exercício, enquanto que o controle a partir da legitimidade e da economicidade pode adentrar ao âmago da decisão administrativa, contudo sem capacidade para alterá-la.

3 | LIMITES EXTERNOS DO CONTROLE PELO TRIBUNAL DE CONTAS

Estabelecidos os pressupostos teóricos do presente estudo, cumpre analisar algumas hipóteses de conflito de competência entre o Tribunal de Contas e outros órgãos e métodos de controle, de modo a apreender a racionalidade subjacente ao texto constitucional que orienta a jurisprudência e, afinal, aferir se de fato é razoável entender que o limite do controle exercido pelo Tribunal de Contas é vinculante com base na legalidade em sentido formal e técnico-opinativo com base na legitimidade e na economicidade.

---

23. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 212.

24. SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de controle dos tribunais de contas possibilidades e limites. In: *Contratações Públicas e seu Controle*. Op. cit., p. 188.

3.1 Conselhos de Fiscalização Profissional

Hipótese limítrofe no que se refere à competência do Tribunal de Contas corresponde ao controle sobre as contas dos Conselhos de Fiscalização Profissional: qual o limite das decisões da corte de contas sobre matérias envolvendo essas autarquias, isto é, o Tribunal pode avaliar – e se pode, em que medida – a destinação dos recursos desses órgãos mantidos e administrados pelos próprios profissionais das respectivas áreas.

Preliminarmente, é válido destacar que os Conselhos de Fiscalização Profissional são autarquias federais encarregadas de função tipicamente pública concernente à fiscalização do exercício profissional. Por isso, compõem a Administração pública indireta, estando na esfera de competência do Tribunal de Contas da União, a teor do disposto no artigo 71, II e IV, da Constituição[25]. Ademais, as contribuições para os conselhos profissionais, sua principal receita, têm natureza tributária[26] (artigo 149, *caput*, da Constituição), o que corrobora com a sua submissão ao controle externo do Tribunal de Contas com supedâneo no dispositivo legal mencionado.

Isso posto, não remanescem maiores controvérsias quanto ao poder de controle externo exercido pelo Tribunal de Contas sobre os conselhos profissionais. Por outro lado, a indagação quanto à intensidade e aos critérios de controle permanecem: a fiscalização das contas desses órgãos dotados de plena autonomia inclui o mérito das suas decisões e atos a partir do exame da sua legalidade, legitimidade e economicidade?

Por serem voltados à fiscalização das categorias profissionais e serem por elas administrados, os Conselhos de Fiscalização Profissional gozam de significativa autonomia orçamentário-financeira, cuja baliza encontra-se exclusivamente na legalidade em sentido formal. Isso significa que o mérito dos atos e decisões administrativas dos conselhos não estão sujeitos ao controle do Tribunal de Contas, ou seja, garante-se ao gestor desses órgãos espaço de liberdade, restrito às balizas legais, para direcionar os recursos oriundos das contribuições dos profissionais sem que o mérito dessa destinação seja passível de revisão pelo Tribunal de Contas. Desse modo, o controle externo executado pela corte pode ser considerado “forte” tão somente quando vulnerada a legalidade.

Nesse sentido, o próprio Tribunal de Contas da União reconhece que não cabe a ele senão o controle externo financeiro desses órgãos. A título de exemplo, no acórdão nº 022.419/2008-6 do TCU[27], em que houve denúncia contra o Presidente do CREMERS pelo uso de recursos do Conselho para fins “eleitoreiros”, restou claro o entendimento de que

---

25. Nesse sentido, elucidativo o acórdão exarado no Mandado de Segurança 22.643, da relatoria do Ministro Moreira Alves. (MS 22643, Relator: Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 06/08/1998, DJ 04-12-1998).

26. PAULSEN, Leandro; VELLOSO, Andrei Pitten. *Contribuições: teoria geral, contribuições em espécie.* 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 252.

27. Processo 022.419/2008-6, acórdão nº 1167/2009, Relator Min. André Carvalho, Plenário, julgado em 27/05/2009, disponível em http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20091009/022-419-2008-6.doc, último acesso em 26/01/2016.

a corte de contas não detém competência para avaliar o interesse e a oportunidade dos atos dos gestores dos conselhos profissionais em relação aos propósitos que a instituição visa a promover, pois o controle finalístico não é sua atribuição, podendo-se, a nosso ver, cogitar da possibilidade de fazê-lo apenas em caráter de publicização e sem força revisora das contas. São os termos da decisão referida:

> Cabe registrar que, embora os conselhos de fiscalização profissional tenham natureza autárquica ***sui generis***, o TCU não pode realizar todo e qualquer tipo de controle sobre eles. Não realiza, por exemplo, controle administrativo sobre os atos dessas entidades, exercendo tão-somente controle externo financeiro sobre a aplicação dos recursos públicos, em auxílio ao Congresso Nacional [...].
>
> 5. Sendo assim, noto que a ação do Conselho Regional de Medicina do Rio Grande do Sul – CREMERS situa-se no plano do controle administrativo finalístico atribuível legalmente ao ministério supervisor, fugindo ao controle externo financeiro que é atribuído constitucional e legalmente ao TCU.
>
> 6. Logo, diante das peculiaridades do presente caso, entendo que a proposta sugerida pela unidade técnica mostra-se inadequada, até porque não cabe ao TCU definir quais atos a entidade deve praticar ou não para a boa consecução de suas finalidades institucionais e para a defesa de seus interesses. Tal mister incumbiria, conforme o caso, ao ministério supervisor da área, a quem compete o exercício do controle administrativo finalístico.

No caso em apreço, a corte decidiu pelo arquivamento da denúncia, uma vez que se julgou incompetente para o controle do mérito da destinação atribuída aos recursos do órgão, o que foi denominado pela decisão supracitada de “controle administrativo finalístico”.

De outra banda, no controle sob o aspecto da legalidade, as decisões do Tribunal de Contas são dotadas de força revisora. A violação à lei é fato bastante para que a corte exerça seu controle em sentido forte, determinando a adequação da situação à lei e responsabilizando os responsáveis pelo ato ilegal. Ilustrativa nesse sentido é a decisão do STF exarada no MS 26.149[28], em que o Supremo entendeu constitucional o ato do Tribunal de Contas da União que impôs ao Conselho Federal de Odontologia a realização de concurso público para o preenchimento dos seus quadros.

Nesse caso, o Tribunal de Contas exerceu controle em sentido forte, tendo em vista que o administrador estava incorrendo em ilegalidade – ou melhor, no caso, em inconstitucionalidade, dada a violação ao disposto no artigo 37, II. Veja-se que a decisão do TCU foi bastante pormenorizada, pois além da genérica determinação de contratação de pessoal através de concurso, o Tribunal estabeleceu prazo de 180 dias para tanto, bem

28. AgReg MS 26.149, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/09/2014, DJ 11-11-2014.

como determinou a dispensa dos funcionários contratados após determinada data.

O Supremo Tribunal Federal admitiu assim que o Tribunal de Contas revisasse ilegalidade perpetrada por gestor público concernente à forma de contratação de funcionários para a autarquia. Não foi avaliado o mérito da decisão do administrador, mas tão somente a sua consonância formal com a legalidade, hipótese em que o Tribunal de Contas exerce seu poder-dever de controle em sentido forte, ou seja, como revisão.

3.2 Agências Reguladoras

Instituídas no final da década de 1990 e no início dos anos 2000, as agências reguladoras são, em apertada síntese, autarquias especiais – gozando assim de maior autonomia em relação ao Governo – voltadas à regulamentação de campos específicos da economia através do exercício do poder de polícia próprio do Poder Executivo. Podem ser distinguidas entre aquelas que cuidam de serviços públicos delegados, concedidos ou permitidos e aquelas que se ocupam da regulação de atividade econômica privada[29]. A intenção do legislador era conferir às agências reguladoras competência para regulamentar e fiscalizar ramos específicos da atividade econômica de forma mais estável e técnica, alheias a pressões políticas circunstanciais, dotando-as de quadro funcional especializado e com maior proximidade com os agentes do setor econômico correspondente, além de vedar a revisão das suas decisões pelo Poder Executivo[30]. São regidas pela Lei nº 9.986 de 2000 e pelos respectivos diplomas legais constitutivos.

No exercício de suas atribuições, cabe às agências, por exemplo, a fixação de tarifas incidentes sobre atividade econômica e de preço mínimo em determinados processos licitatórios, questões intrinsecamente vinculadas ao campo orçamentário-financeiro da atividade pública[31]. Nesse caso, é de se questionar a competência do Tribunal de Contas para controlar esses atos administrativos emanados das agências reguladoras e, caso seja sua atribuição, quais os limites desse controle.

Quanto à sua sujeição ao controle externo, em que pese a autonomia conferida às agências reguladoras, os seus atos não escapam ao crivo do Tribunal de Contas, na medida em que compõem a Administração pública federal, submetendo-se assim à hipótese do inciso II do artigo 71 da Constituição.

A controvérsia reside, porém, no alcance do controle que lhe compete, isto é, se o Tribunal de Contas deve controlar não apenas a gestão dos recursos conferidos às agências reguladoras, mas também o mérito dos atos e das decisões por elas emanados, inclusive para fins de sua revisão[32]. Veja-se que os atos administrativos oriundos das

---

29. COUTO E SILVA, Almiro. *Conceitos fundamentais do direito no estado constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 288.

30. COUTO E SILVA, Almiro. *Conceitos fundamentais do direito no estado constitucional*. Op. cit., p. 290.

31. GONÇALVES NETO, Luiz Alonso. O controle da regulação – limites do controle do tribunal de contas aos atos de agências reguladoras. Op. cit., p. 231.

32. GONÇALVES NETO, Luiz Alonso. O controle da regulação – limites do controle do tribunal de contas aos atos de

agências reguladoras são reflexo do poder de polícia delegado pelo Poder Executivo e, reitere-se, implicam por vezes em consequências diretas na seara orçamentário-financeira da Administração pública.

Diante da questão, não se vislumbra melhor alternativa senão reconhecer a limitação da competência coercitiva do Tribunal de Contas no exame da legalidade dos atos das agências reguladoras, o que não inviabiliza a análise do próprio mérito dos atos emanados pelos referidos órgãos, mas tão somente em caráter técnico-opinativo. Nesse compasso, não há dúvidas de que a legalidade é critério cujo controle é imperativo ao Tribunal de Contas, conforme determina expressamente o artigo 71, IX, da Constituição.

Todavia, tal acepção forte de controle não pode ser aplicada a questões técnico-opinativas, nas quais não há violação à legalidade. O que se verifica, nessas hipóteses, é a existência de alternativas igualmente válidas, cuja diferença reside em opções técnicas ou mesmo políticas, no sentido de escolhas voltadas a garantir, por exemplo, objetivos de mais longo prazo ou que englobem a realização de fins não intrinsecamente vinculados ao cerne da questão. Em outros termos: o mérito da decisão administrativa das agências reguladoras envolve estratégias de ação que não necessariamente devem primar pela economicidade ou pela legitimidade em um primeiro momento, visto que são órgãos dotados de objetivos regulatórios particulares, como a qualidade dos serviço prestados, o fomento à concorrência e a universalização dos serviços[33].

O próprio Tribunal de Contas tem adotado postura nesse sentido, reconhecendo que o exame por ele exercido não se dá sobre o mérito, ao menos não em caráter coercitivo, como se conclui da decisão do Plenário do TCU exarada no processo nº 003.183/2006-1[34], envolvendo a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, em que a própria corte de contas operou uma espécie de *self restraint* referindo o seguinte:

> [...] o TCU decidiu somente ser cabível a adoção de determinações em caso de atos vinculados. Sempre que a lei e o regulamento abre campo para a deliberação autônoma do ente regulador, e não se caracterizem ilegalidades nas decisões das agências reguladoras, o Tribunal somente lhes endereça recomendações, respeitando-lhes inclusive a faculdade de avaliar a oportunidade e a conveniência de adotar – ou não – as sugestões assim formalizadas. Essas recomendações, quando formuladas pelo TCU, o são em caráter de colaboração, sem qualquer vezo coercitivo, de forma a respeitar os limites de competências técnica e regulamentar que estão assegurados por lei ao ente regulador.

Não incumbe ao Tribunal de Contas, portanto, revisar decisões técnicas das agências reguladoras, tampouco ínsitas a políticas públicas a serem implementadas por

---

agências reguladoras. Op. cit., p. 232.

33. COUTO E SILVA, Almiro. *Conceitos fundamentais do direito no estado constitucional*. Op. cit., p. 233

34. Processo 003.183/2006-1, acórdão nº 715/2008, Relator Min. Augusto Nardes, Plenário, julgado em 23/04/2008, disponível em https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlProcesso?num=00318320061, último acesso em 26/01/2016

elas. Tal óbice não impede a análise técnica pela corte da opção exercida pelas agências reguladoras no âmbito das suas competências, no entanto ela exerce o controle externo nesse caso apenas com o propósito de publicização da decisão administrativa, de modo a, eventualmente, sugerir alternativas mais adequadas a partir dos seus estudos técnicos, salvo quando se tratar de ato vinculado, cuja inobservância do mandamento legal implica em violação à legalidade formal e, por conseguinte, na revisibilidade do ato administrativo.

Em síntese, os atos e decisões emanados das agências reguladoras submetem-se apenas a um controle fraco pelo Tribunal de Contas, desprovido, portanto, de caráter vinculante, exceto quando o parâmetro de aferição for a legalidade formal.

3.3 Declaração de Inidoneidade

Dentre os instrumentos de controle interno da administração pública, guarda relevância para o estudo a relação entre a declaração de inidoneidade e a competência do Tribunal de Contas.

A declaração de inidoneidade é sanção aplicada no âmbito das contratações públicas prevista no artigo 87, IV, da Lei de Licitações, através da qual o contratante que descumpre total ou parcialmente contrato com a Administração tem vedada a possibilidade de licitar ou contratar com qualquer ente público enquanto durarem os motivos da punição ou até o ressarcimento do erário. Esse instrumento é de manejo exclusivo do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou do Secretário Municipal, conforme o caso, de acordo com o § 3º do artigo 87 do referido diploma.

Contudo, a aplicação de sanção semelhante também está prevista na Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (artigo 46 da Lei nº 8.443/92), cuja edição é anterior à Lei de 8.666/93.

Posto isso, a questão que surge diz respeito justamente à continuidade do controle que o Tribunal de Contas vem fazendo ao declarar a inidoneidade de contratante, ou melhor, a Lei Orgânica do TCU foi derrogada no ponto pela Lei de Licitações, conferindo exclusividade à Administração para executar sanção dessa espécie? A solução dessa controvérsia oferece reflexões importantes para que sejam fixados os limites das decisões do Tribunal de Contas.

Primeiramente, cabe destacar que o controle exercido pelo Tribunal de Contas não é privativo. O artigo 70 da Constituição prevê a existência de controles internos à Administração que, por sua vez, devem atuar em cooperação com o Tribunal de Contas para garantir a higidez da atividade pública, a teor do disposto no artigo 74, IV, do texto constitucional.

Nesses termos, o que se observa é uma sobreposição proposital de métodos e órgãos de controle externos e internos, inexistindo uma colisão normativa que implique na incompatibilidade das regras em questão, em que pese versem sobre situações

semelhantes e lancem mão de mecanismo punitivo similar. Afinal se é estabelecido pela própria Constituição a concomitância de órgãos de controle a fiscalizar os mesmos atos, seria incongruente retirar de um deles o poder sancionatório. Não há impedimento, portanto, para que os controles externo e interno fiscalizem e sancionem determinado ato ilícito. Ademais, o fato da punição aplicada ter os mesmos efeitos é ainda mais irrelevante, pois não parece razoável distribuir as espécies de pena de forma exclusiva aos diversos órgãos de controle, ou seja, a fixação de multa pecuniária em caso de descumprimento de ordem pelo Tribunal de Contas, por exemplo, não acarreta a vedação absoluta à utilização de mecanismo similar pelos demais órgãos de controle. Pelo contrário, há pleno espaço institucional e previsão constitucional para a concomitância da competência sancionatória do controle externo e interno da Administração, inclusive por meio de sanções semelhantes.

Na Petição 3.606, julgada pelo STF em 21/09/2006[35], foi reconhecida essa inexistência de conflito de atribuições, de modo que o controle executado pelo Tribunal de Contas no exercício da fiscalização orçamentário-financeira inclui a cominação da declaração de inidoneidade sem que haja invasão da esfera discricionária do administrador. No caso, o Supremo Tribunal Federal procedeu a uma distinção entre o órgão de fiscalização do Ministério dos Transportes (no exercício do controle interno) e o TCU (como controle externo), pois são dotados de perspectivas distintas e cujas sanções também se revestem de caracteres diferenciados, ainda que voltados para a apreciação de uma mesma situação concreta.

Ainda segundo a decisão do STF, a atividade de controle orçamentário-financeira não se confunde com a atividade fiscalizatória do órgão de controle interno, exercendo o Tribunal de Contas sua competência “acima da Administração propriamente dita, pela ação fiscalizadora que sobre ela exerce”.

O que se conclui é que no exercício do controle forte, cujo parâmetro é a legalidade, o Tribunal de Contas pode aplicar sanção independentemente das medidas adotadas pelo gestor público em razão do mesmo fato, sem que haja por isso invasão de competência. Na atividade de controle orçamentário-financeiro, há tão somente competência concorrente entre o Tribunal de Contas e os órgãos de fiscalização interna dos entes públicos, de modo que o exercício dessa função no âmbito da própria Administração não afasta a competência da corte de contas.

4 | CONCLUSÃO

O Tribunal de Contas é encarregado pela Constituição de relevante papel na gestão pública. Cabe à corte fiscalizar a gestão do erário e descortinar a imensidão das contas públicas do Estado brasileiro ao cidadão, contribuindo para a materialização dos

35. Pet 3606 AgR, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 21/09/2006, DJ 27-10-2006.

princípios da transparência e da eficiência, assim como para a lisura do gasto público. Mesmo inconteste, a mera enunciação desses altos objetivos é insuficiente para dar-lhes efetividade. Nesses termos, afigura-se de grande relevância a tarefa de estruturar juridicamente os limites da competência do Tribunal de Contas, o que ainda merece ser realizado de forma mais exauriente pela doutrina.

Em face disso, este estudo procurou analisar os critérios normativos que pautam a atuação da corte de contas e, a partir deles, estabelecer os pressupostos necessários à fixação do alcance das decisões do Tribunal, sempre tendo em consideração a integralidade do sistema constitucional e, por isso mesmo, a convicção que a esse órgão de controle externo não é atribuída a missão de revisor absoluto da Administração, mas a já extensa competência para fiscalizar e tornar público o âmbito orçamentário-financeiro da atividade pública.

Para esse propósito, o que merece maior destaque do já exposto é a existência de diferentes graus do poder-dever de controle do Tribunal de Contas de acordo com o parâmetro de correção adotado na averiguação das contas do administrador público, seja a legalidade, a economicidade ou a legitimidade. Com efeito, definindo-se os critérios de avaliação da atividade pública, viabiliza-se a possibilidade de assentar de forma mais precisa os limites da atuação da corte de contas, afinal não é adequado equiparar uma violação à legalidade ao desrespeito à economicidade: critérios de gravidade diferente ocasionam consequências diversas segundo infere-se das próprias disposições constitucionais.

Independentemente da nomenclatura que se atribua às acepções do “controle” executado pelo Tribunal de Contas – aqui se adotou as expressões “forte” e “fraco” –, parece claro que as decisões da corte pautadas pela legalidade são vinculantes – exceto no que se refere às contas do Chefe do Executivo por expressa disposição constitucional em contrário – e não alcançam o mérito da decisão administrativa, perfazendo mero exame formal de legalidade. De outra banda, embora a corte de contas esteja autorizada a avaliar o mérito da decisão administrativa quando balizada pelas balizas da economicidade e da legitimidade, suas conclusões têm somente caráter técnico-opinativo, não revestindo-se, pois, de caráter cogente em relação ao administrador público.

Tal correlação entre profundidade do exame efetuado pela corte de contas e a revisibilidade dos atos administrativos é consentânea com o princípio da separação dos poderes, assim como garante o espaço de liberdade de que goza o administrador público. Acrescente-se ainda que a confecção de pareceres, estudos técnicos e auditorias, ainda que não vinculantes, cumprem sim papel invulgar na concretização dos direitos fundamentais, pois garantem publicidade à gestão orçamentário-financeira da Administração. A cognoscibilidade a partir da transparência das contas públicas e da sua análise técnica do mérito da decisão administrativa pelo Tribunal de Contas, inclusive com a explicitação de alternativas à opção eleita pelo gestor, é uma contribuição da maior importância para a

consolidação do Estado Democrático de Direito, na medida em que possibilita ao cidadão efetuar o seu próprio controle sobre a gestão do erário, afinal nem todas as decisões administrativas devem resumir-se a um exame de legalidade, isto é, não é desejável ou mesmo possível que todas as despesas públicas sejam vinculadas[36]: deve remanescer espaço para que o administrador execute as políticas públicas para as quais foi eleito e o cidadão deve ter meios de aferir se aprova o modo pelo qual são realizadas.

Tanto o controle como revisão quanto o controle como publicização exercem, portanto, funções imprescindíveis no esquema institucional previsto na Constituição, não sendo demérito atribuir ao Tribunal de Contas, sob certos critérios, poder para fiscalizar sem vinculatividade.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS,* nº 19. Porto Alegre, 2001.

_______. Função da ciência do direito tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo. In: *Revista Direito Tributário Atual*, nº 29. São Paulo: Dialética, 2013.

_______. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.

_______. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprundenz*. 2ª ed. Berlim: Duncker und Humblot, 1983.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2007.

CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho. *Controle externo da gestão pública*. 2ª ed. Niterói: Impetus, 2007.

CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007.

COUTO E SILVA, Almiro. *Conceitos fundamentais do direito no estado constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015.

CRETELLA JÚNIOR, José. Natureza das decisões do tribunal de contas. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 631, mai, 1988.

---

36. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Op. cit., p. 210.

FERRAZ, Luciano. *Controle da administração pública: elementos para a compreensão dos tribunais de contas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

______. Poder de coerção e poder de sanção dos tribunais de contas – competência normativa e devido processo legal. In: *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n. 13, abr/mai, 2002. Disponível no endereço http://www.direitopublico.com.br/pdf_13/dialogo-juridico-13-abril-maio-2002-luciano-ferraz.pdf. Acesso em 10/11/2015.

FRANÇA, Phillip Gil. O controle da administração pública e sua efetividade no estado contemporâneo. In: *Interesse Público*, vol. 9, n. 43, jun, 2007.

GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011.

______. *L'interpretazione dei documenti normativi*. Milano: Giuffrè, 2004.

GONÇALVES NETO, Luiz Alonso. O controle da regulação – limites do controle do tribunal de contas aos atos de agências reguladoras. In: *Interesse Público*, vol. 9, n. 43, jun, 2007.

JACOBY, Jorge Ulysses. *Tribunais de contas do Brasil — jurisdição e competência*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

LAUBÉ, Vitor Rolf. Considerações acerca da conformação constitucional do tribunal de contas. In: *Revista de Informação Legislativa,* ano 29, n. 113, jan/mar, 1992.

LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. O tribunal de contas e o poder judiciário. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 238, out/dez, 2004, p. 265-281. Disponível no endereço http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44082/44755. Acesso em 27/01/2015.

KLEINSORGE, Henrique de Paula; CARVALHO, Rachel Campos Pereira de. A cautelaridade nos tribunais de contas. In: *Revista TCEMG*, abr/jun, 2002.

MAFFINI, Rafael da Cás. *Direito administrativo.* 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

______. Atos administrativos sujeitos a registro pelos tribunais de contas e a decadência da prerrogativa anulatória da administração pública. In: *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 10, jul/set, 2005, p. 143-163.

MARANHÃO, Jarbas. Origem dos tribunais de contas: evolução do tribunal de contas no Brasil. In: *Revista de Informação Legislativa,* ano 29, n. 113, jan/mar, 1992, p. 327-330.

MEDAUAR, Odete. Controle da administração pública pelo tribunal de contas. In: *Revista de Informação Legislativa*, vol. 27, n. 108, dez, 1990.

______. *Controle da administração pública*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro.* 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; et BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PAULSEN, Leandro; VELLOSO, Andrei Pitten. *Contribuições: teoria geral, contribuições em espécie*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

RAZ, Joseph. *O conceito de sistema jurídico: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos*. Tradução de Maria Cecília Almeida. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de controle dos tribunais de contas possibilidades e limites. In: *Contratações Públicas e seu Controle*. Vol. 1. São Paulo: Malheiros, 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

CAPÍTULO 10

MEDIAÇÃO NO DIREITO COMPARADO

Data de aceite: 04/08/2022

Sheila Willani
Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI). Doutora em DIreito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). É professora de Direito CIvil, Processo Civil, Mediação, Direito e Psicologia.

RESUMO: A presente pesquisa tem como tema a mediação de conflitos no direito comparado. O objetivo é evidenciar as formas de mediação realizadas nos países observados, e após esta análise ressaltar suas características e peculiaridades, expondo o objetivo principal da pesquisa que é: qual o método mediático mais eficiente?
PALAVRAS CHAVE: Mediação de conflitos; Direito Comparado; Mediação internacional.

ABSTRACT: The present research has as its theme the mediation of conflicts in comparative law. The objective is to highlight the forms of mediation carried out in the observed countries, and after this analysis, highlight their characteristics and peculiarities, exposing the main objective of the research which is: is there a media method that will be more efficient?
KEYWORDS: Conflict mediation; Comparative law; International mediation.

1 I INTRODUÇÃO

A mediação não é perfeita, ela necessita da observação ternária para a descoberta da existência do real sentimento do outro. Os territórios/países pesquisados, Brasil, Estados Unidos e França demonstram reações semelhantes das partes frente aos conflitos, corroborando com a idéia de que o código ternário é a base do conceito filosófico de mediação, demonstrando a importância de aperfeiçoar a sensibilidade, melhorando e ampliando a percepção de diversos pontos de vista. Foi empregado o método sistêmico e a análise comparada. Nesse sentido a definição da mediação se pauta nos princípios que ela se baseia e a forma na qual ela é realizada, pois somente através dessa rigorosa analise do seguimento da aplicação é que se poderá determinar a forma mais eficiente dela acontecer.

2 I MEDIAÇÃO E DIREITO COMPARADO

A introdução dos meios alternativos de tratamento de conflitos representa um movimento global. A tendência de se estabelecer a obrigatoriedade da prévia tentativa de mediação como condição de um procedimento na estância judicial pode ser analisada desde uma perspectiva comparada, desde países que tem adotado com sucesso a mediação, como

a França e os Estados Unidos. Esses países discutem a jurisdição condicionada ao tratamento de conflitos de forma consensual (conciliação, mediação ou arbitragem) e até já a estabeleceram nos seus sistemas judiciais.

Ressalta-se que os métodos consensuais de solução de conflitos, estão radicados em quatro ordens de ideais ou fundamentos. O primeiro diz respeito a uma ideia neoliberal que vai de contra o protagonismo social judicial e em favor da previsibilidade, como clima favorável para o **fator econômico (**NADER, Laura. Harmonia coerciva: a economia política dos modelos jurídicos. **Revista brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v.9, n. 26, p 23, out. 1994).

O segundo ponto pertence a um projeto, iniciado por movimentos americanos reacionários, buscando incutir na sociedade um aparente clima de **harmonia e paz**. Essa ideologia da harmonia, que está como base da ADR, é para Laura Nader (NADER, Laura. Harmonia coerciva: a economia política dos modelos jurídicos. **Revista brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v.9, n. 26, p 23, out. 1994.):

> Era uma mudança de pensar sobre direito e justiça, um estilo menos confrontador, mais 'suave', menos preocupado com a justiça e com as causas básicas e muito voltado para a harmonia. A produção de harmonia, a rebelião contra a lei e contra os advogados (vinda muitas vezes dos próprios advogados), o movimento contra o contencioso, foi um movimento para controlar aqueles que foram privados dos direitos civis.

O terceiro **(mais funcional)** representa uma necessidade de tornar visível aos próprios tribunais, a sua falta de eficiência decorrente de carências estruturais e da perda da legitimidade. Portanto, constitui uma alternativa diante dessa insuficiência da Justiça tradicional de apresentar respostas qualitativas e quantitativas adequadas, observado a crescente gama de conflitos e litigiosidade na sociedade contemporânea.

E o quarto diz respeito a uma visão mais **político-social**, uma revolução paradigmática no Direito e na Justiça, dando abertura para uma sociedade voltada ao resgate da autonomia e da capacidade dos sujeitos sociais de solucionarem seus próprios conflitos.

A partir dessas premissas, é observada a evolução da mediação de conflitos nos principais sistemas de justiça do mundo ocidental, buscando expor a ligação das práticas mediáticas ao sistema brasileiro, notadamente no que diz respeito as práticas aqui agregadas, levando em consideração a adoção de exemplos instalados aqui, como dos EUA e da França.

2.1 Mediação Judicial Brasileira

Publicado em 2015, o Relatório de Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça brasileiro apontou os números referentes aos processos pendentes que tramitam no Judiciário do Brasil no ano de 2014.

O número de processos pendentes repassados para o ano de 2015 foi de 71,2 milhões, contando com mais da metade desses processos em fase executória. Quanto aos casos novos, o índice aumentou em 1,1%, representando 28,9 milhões de processos protocolados no ano de 2014. No total, foram contabilizados mais de 100 milhões de processos pendentes, aumentando alarmantemente a taxa de congestionamento do sistema jurídico brasileiro.

A situação é tão crítica que, na hipótese do Poder Judiciário ser paralisado para resolver os processos pendentes – sem garantir novas demandas e considerando a média de produtividade dos magistrados e servidores envolvidos neste trabalho – calcula-se que seriam necessários aproximadamente dois anos e meio de trabalho para que se pudesse, enfim, zerar a caixa de entrada de processos. Assim, Silvana Yara de Castro Rodrigues (RODRIGUES, Silvana Yara de Castro. **Mediação judicial no Brasil**: "avanços e desafios" a partir do novo código de processo civil e da lei de mediação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 44.) destaca:

> Por efeito, como em diversos países do mundo, a crise do Judiciário foi o estopim para disseminar opções, com novos métodos alternativos de resolução de conflitos, para pacificação social dos conflitos sociais, por exemplo a mediação de conflitos.

Tomando de exemplo o ano de 2014, foi averiguado o número de 8,5 milhões de processos pendentes durante o ano na Justiça Federal. Quando comparado aos anos de 2009 e 2013, foi identificado um aumento considerável da litigiosidade excessiva. A fragilidade do sistema Judiciário Brasileiro torna-se evidente através desses dados, no passo que os resultados da pesquisa estatística citada permitem visualizar pragmaticamente a pouca vazão dos processos e a diminuta celeridade. Percebe-se, com isso, a máquina sobrecarregada que o Judiciário se tornou, não levando em conta a qualidade dos serviços de resolução de conflitos ofertados aos jurisdicionados.

O número de processos judiciais pendentes demonstra com clareza a inobservância da razoável duração do processo, evidenciando a característica da ineficiência da Justiça brasileira. Tal Justiça que, conforme dados citados, não é capaz de dar conta das demandas ajuizadas que recebe dia após dia. O momento, no entanto, é oportuno para o rompimento da lógica litigiosa e popularização de outros meios consensuais, possibilitando aos jurisdicionados alcançar ofertas de resolução de conflitos em um novo formato: mais rápido, mais barato, e possivelmente mais benéfico a todos envolvidos. Assim, buscando solucionar essa problemática judicial nasce a ideia de apresentar o Sistema Multiportas: apresentar ao jurisdicionado meios adequados de solução de conflitos – as ditas "portas" –, considerando o caso concreto, que deverá ser feito após a triagem do conflito.

A relevância do Sistema Multiportas no Judiciário Brasileiro já é aclamada por pensadores do direito, como Lewandowski, que vê nas formas alternativas de solução de

controvérsias – englobando mediação, conciliação e arbitragem – a concepção de um novo design ao Judiciário, menos retrógado e engessado, mais adaptado ao tempo presente e suas novas demandas (LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Planejamento estratégico do poder judiciário. **Revista Justiça & Cidadania**, [S.l.], n. 135, 2011. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/>. Acesso em: 01 nov. 2018).

Assim, Silvana Rodrigues destaca:

> É exatamente na oportunidade do Sistema Multiportas, dentro do Judiciário brasileiro que surge a mediação recentemente inserida na ordem jurídica brasileira e considerada no aspecto legal um verdadeiro processo inovador e de grandes perspectivas de resultados positivos, tanto no aspecto social quanto no jurídico (RODRIGUES, Silvana Yara de Castro. **Mediação judicial no Brasil**: "avanços e desafios" a partir do novo código de processo civil e da lei de mediação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 47.).

Tida como, no aspecto geral, um processo deveras inovador e com um horizonte de resultados positivos no aspecto social e jurídico, a mediação foi recentemente inserida na ordem jurídica brasileira. É claramente uma possibilidade que foi descoberta através do Sistema Multiportas que vem quebrar paradigmas e reestruturar o entendimento sobre resolução de conflitos.

O processo judicial deve ser sujeito a mediação (conforme estabelecido em lei). Afinal, é justamente o aspecto psicológico das partes e o desgaste mental gerado pelo processo de dissolução do sistema problemático desenvolvido que a torna capaz de trazer à tona os erros cometidos durante a constância da relação. Neste sentido é que a mediação vem a ser útil, pois auxilia e possibilita as partes em crise se comunicarem e reverem pontos antes inalcançáveis, pois os discursos inflamados obstaculizavam essa ponte entre o expressar os sentimentos e a compreensão, tão necessários ao diálogo dos mesmos e, por conseguinte, ao entendimento almejado por todos que participam do processo de mediação (CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação.** 2.ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 167.).

Assim, a comunicação compassiva nos auxilia a nos ligarmos uns aos outros e a nós mesmos, possibilitando que nossa compaixão natural rebrilhe. Podendo nos guiar no processo de reformulação da forma pela qual nos expressamos e escutamos o outro, mediante a concentração em quatro áreas: a observação, o sentimento, a necessidade, e o que é realmente importante, a paz individual e social.

Dessa maneira, Niklas Luhmann ensina:

> Assim deve-se entende o processo de evolução sociocultural de como transformação e as possibilidades de estabelecer uma comunicação como possibilidade de êxito, graças à qual a sociedade cria suas estruturas sociais; e é evidente que não se trata de um mero processo de crescimento, mas de um processo seletivo que determina que tipos de sistemas sociais são viáveis

e o que terá de se excluir devido a improbabilidade (LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da comunicação**. Lisboa: Vega, 2001. p. 44.).

Desta forma, explica-se o objetivo da comunicação não violenta (cnv), que é o de promover maior profundidade no escutar, fomentar o respeito e a empatia e provocar o desejo mútuo de nos entregarmos abertamente. Algumas pessoas usam a cnv para responder compassivamente a si mesmas; outras, para estabelecer maior profundidade em suas relações pessoais; e ainda para gerar relacionamentos eficazes no trabalho ou na política. Nota-se que no mundo inteiro, a cnv é utilizada para mediar disputas e conflitos de todos os níveis (RESTA, Eligio. Direito fraterno. Tradução de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004. p. 13.).

De uma forma mais sensível, *Marshall B. Rosenberg* afirma que a comunicação não violenta, ou seja, a comunicação "compassiva", que é aquela onde as partes não apenas ouvem, mas prestam atenção e tem interesse em desatar o nó criado durante a relação continuada, torna-se indispensável para que se dê a operação deste procedimento (da comunicação não-violenta- *ROSENBERG*, *Marshall B*. ***Comunicação não violenta***: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. São Paulo: Ágora, 2006, p. 15-47).

Nessa senda, é definida como violência qualquer forma de constrangimento, coerção ou subordinação exercida sobre outra pessoa pelo uso abusivo do poder. Há momentos em que o nível de tolerância é muito baixo e ao tentar defender-se, a outra parte (ofendida) defende-se do dano (concreto ou imaginário) numa tentativa mesmo que inadequada, de forma violenta também, tentando manter a sua posição antes ameaçada. Desta forma, torna-se um círculo vicioso na troca de papeis onde o ofendido e o ofensor se entremeiam. Este exemplo foi dado somente para dar alusão ao despreparo a grande parte da humanidade em saber administrar seus conflitos interpessoais.

As investigações neurofisiológicas, conforme Niklas Luhmnann, descreve o cérebro como um sistema operacionalmente fechado. A resposta aos problemas nesse caso pode unicamente ser encontrada mediante o conceito de percepção sensorial. Para Niklas Luhmann deve-se partir portanto do conceito de observação e entendermos como ele indica de um contexto de uma distinção, vendo a memória como a faculdade de discriminar entre lembrar e esquecer.

A vida psíquica de um ser humano se desenvolve a partir de uma rede de relacionamentos pautados por vínculos afetivos resultantes sempre de uma determinada cultura, sendo que essa rede já existia antes mesmo do nascimento de uma criança. Portanto, tem-se que a família é um objeto de estudo privilegiado para compreender a reprodução da cultura e da construção da subjetividade. Conforme o que foi explicado, Vicente de Paulo Barretto ensina:

> A família é uma estrutura que estabelece ligações entre os indivíduos e fundamenta todas as sociedades humanas tomando formas diversas no tempo e no espaço. Desde os gregos, encontramos variadas formulações acerca da família, das quais poderíamos das a seguinte síntese: de um lado, temos Platão, que, no Séc. IV a.C., propõe a criação de uma cidade ideal, na qual ele pretendia que a família pudesse ser abolida: 'As mulheres de nossos guerreiros serão todas comuns a todos; nenhuma delas habitara em particular com nenhum deles; do mesmo modo os filhos serão comuns e os pais não conhecerão os filhos, nem estes os pais'. (Platão, 1965, 457, c-458b). Este sistema faria com que cada homem fosse o pai de todas as crianças mesmo que ele não tenha certeza de que ele seja realmente o pai de alguma delas. Por sua vez, Aristóteles constata que 'a incerteza da paternidade acarretaria a negligencia em relação a todas as crianças'. Para Aristóteles, contrário a Platão neste aspecto a família se define como a primeira comunidade (oikia) segundo a natureza. A família é, portanto, constituída por membros obedientes, e que o homem comanda, a mulher se submete, e a família é organizada segundo um princípio monárquico, a dominação patriarcal (BARRETTO, Vicente de Paulo; PINTO, Gerson Neves. **O direito e suas narrativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 85.).

Várias são as razões que desencadeiam os conflitos sociais, sejam eles: introjeção de valores e regras, competitividade, ciúmes, jogos de poder, carência. Estes são apenas alguns dos sentimentos que podem caracterizar a dinâmica de algumas relações sociais e que podem vir a cristalizar e gerar preconceitos e discriminações, assim como comportamentos lesivos à saúde das relações (SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos.** Rio de Janiero: Lumen Juris, 1999. p. 32.).

Sabe-se que mudanças são necessárias nesse campo de atuação, e embora desejemos aderir aos papeis sociais contemporâneos, ainda existe certa resistência, considerado mais como uma inércia da subjetividade, que é advindo de movimentos rápidos de mudança, e que, dessa forma, são difíceis de serem acolhidos e colocados em prática. Nesse sentido, somente um trabalho profundo de reflexão individual e coletiva a respeito de determinados temas (aqueles mais divergentes) podem facilitar a criação de uma nova cultura, a do diálogo aberto e direto, para otimizarmos as mediações dentro e fora do sistema judicial brasileiro.

2.2 Mediação Judicial nos Estados Unidos da Americana

Este tópico objetiva estudar a totalidade dos meios alternativos de solução de conflitos, com destaque a mediação, por meio de uma visão externa sobre a função da mediação e sua ligação com o sistema Judiciário; somado a uma observação interna de suas formas e técnicas. Para tal, considera-se o estudo das limitações e até mesmo críticas à mediação em relação à solução de conflitos como um facilitador, não a diminuindo, pois não intenta, ao levantar hipóteses, refutá-la. Muito pelo contrário, o objetivo está em encontrar o lugar da mediação ao lado das variadas formas de solução de conflitos, tornando-se um possível caminho no sistema multiportas para findar o litígio (GABBAY,

Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites paea a institucionalização da mediação no judiciário. Coordenadores: Ada Pelegrino Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 124.).

Por esse motivo, existem casos que não são apropriados aos meios autocompositivos de solução de litígios, ou a mediação em si, sendo melhor atendidos pelo próprio Judiciário, pois possuem a inegável característica adversarial. Da mesma maneira, há casos que seriam resolvidos mais satisfatoriamente longe do engessado processo judicial. Assim, de acordo com essa perspectiva, Daniela Monteiro Gabbay (GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites paea a institucionalização da mediação no judiciário. Coordenadores: Ada Pelegrino Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 124), baseada na teoria de Sander, destaca:

> Segundo Sander, esse centro de solução de conflitos se destinaria não apenas aos assuntos já tratados pelas Cortes, mas também a questão ainda não ventiladas junto ao Judiciário, demandas que estariam suprimidas e que poderiam ver nesses novos caminhos uma forma de expressão. Se isso seria bom ou ruim no futuro, era difícil dizer, mas o autor já visualizava um trade-off inevitável: ao melhorar o esquema da solução de conflitos, aumentar-se-ia o número de disputas a serem processadas, enfrentando uma litigiosidade antes contida (SANDER, Frank. **O acesso integral a justiça pela via centros multiportas de gestão de conflitos**. Rio de Janeiro, 2014. p. 124.).

Owen Fiss (No original: FISS, Owen. Against settlement. **Yale Law Journal**, [S.l.], v. 93, 1984), notório pensador estadunidense sobre as limitações dos meios alternativos de resolução de conflitos, refere-se a críticas externas em seus artigos “As formas de justiça” e “Contra o acordo”, onde argumenta levando em conta o papel que o Judiciário deve exercer. O dever do Judiciário, para Fiss, não é resolver controvérsias, mas significar adequadamente os valores públicos existentes e reestruturar instituições para que desempenhem seu papel a partir deste ponto. Ou seja, cabe à Constituição do país expor os valores a serem seguidos – dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade, devido processo legal, etc –, e ao Judiciário conceder significado específico desses valores no mundo prático, contextualizando-o dentro do conflito, por meio da adjudicação.

Logo, a mudança estrutural serviria como um meio de adjudicação especial, moldada para reconhecer o valor burocrático do Estado moderno e a intervenção da vida social do cidadão médio pelo feito de organizadores superiores. Nestes casos citados, o juiz exerceria o papel de operar mudanças nas organizações com a finalidade de extinguir arranjos que poderiam oferecer ameaça aos valores constitucionais (possuidores de superioridade). A reforma estrutural visada por Owen Fiss tem origem nos anos 50 e 60, motivada pelo ativismo judicial da época; a presidência da Suprema Corte por Earl Warren; e, principalmente, por decisões fundamentais como o caso Brown vs. Board of Education, que quebraram paradigmas e reconstruíram o sistema de educação pública ao

extinguir o sistema de segregação racial das escolas em prol do valor da igualdade racial. A função de significar os valores constitucionais é assumida pelo Judiciário, não podendo ser delegada ao Legislativo ou Executivo. Isso acontece por duas características básicas da atividade judicial: o dever do juiz de participar da prosa processual, e sua posição imparcial e independente.

Owen Fiss conclui, então, que o foco da adjudicação constitucional é relacionado ao papel que grandes organizações exercem na determinação de circunstancias da vida social do cidadão, diferindo totalmente dos incidentes entre particulares. A concepção de adjudicação é progressiva: parte da posição elevada do juiz para baixo. Nessa teoria, Owen Fiss contrapõe totalmente ao que é defendido por autores como Lon Fuller e Donald Horowitz, que julgam como importante função das Cortes a solução de embates e controvérsias particulares.

2.2.1 A ADR nos EUA

Abrindo espaço para ampliar horizontes, colocarei definições sobre mediação, conciliação e arbitragem, para tratar sobre a ADR nos EUA.

Nos Estados Unidos da América, a mediação é um processo voluntário que oferece àqueles que estão vivenciando um conflito familiar, ou qualquer outro conflito de relação continuada, a oportunidade e o espaço adequados para solucionar questões relativas a separação, sustento e guarda de crianças, visitação, pagamento de pensões, divisão de bens e outras matérias, especialmente as de interesse da família. As partes expõem seus pensamentos e tem a oportunidade de solucionar questões importantes de um modo cooperativo e construtivo (ALVES JUNIOR, Sergio Antonio Garcia. Lei uniforme de mediação norte-americana: lições de técnica e democracia na estatização. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília, DF: Grupos de Pesquisa, 2004. v. 3.).

A conciliação é um método utilizado em conflitos mais simples no qual o terceiro facilitador pode adotar uma posição mais ativa, porém neutra e imparcial com relação ao conflito. Busca uma harmonização social entre as partes. Entretanto, a arbitragem é um método de resolução de conflitos, no qual as partes definem que uma pessoa ou uma entidade privada irá solucionar a controvérsia apresentada pelas partes, sem participação do poder judiciário. Caracterizada pela informalidade, embora com um procedimento escrito e com regras definidas por órgãos e/ou pelas partes, a arbitragem costuma oferecer decisões especializadas e mais rápidas que as judiciais.

Estas são ADR’s utilizadas desde sempre Os colonizadores, para assegurar o cumprimento dos seus princípios morais e tradicionais preferiam a ADR, procurando socorro do sistema judicial apenas como último recurso para resolver qualquer questão, perante

a desconfiança que alimentavam em relação aos advogados e à administração da justiça (TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008. p. 36.).

O modelo de ADR mais comum provém dos procedimentos de resolver conflitos causados nas relações entre empregadores e empregados pois cada um deles tem o seu ponto de vista, avaliando seus direitos perante as leis trabalhistas. Durante todo o longo tempo da história do país americano, seus tribunais, tanto civis como penais, se agitam quando o assunto é trabalho (patrão/empregado), pois nessa senda está um crescente, uma verdadeira explosão de litígios e consequentemente uma sobrecarga de trabalho. Em virtude de todo esse caos, passaram a demorar excessivamente no prazo das entregas de prestação jurisdicional, gerando transtornos e insatisfação por parte dos cidadãos norte-americanos perante o sistema formal de justiça.

Com base nessa questão, Daniela Monteiro Gabbay destaca:

> A partir dessa realidade, diversas organizações se estabeleceram para proporcionar os serviços de mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de alternativos de resolução de disputas, constituindo-se uma ampla rede de serviços voltados para a ADR, tanto apenas complementando, como efetivamente deslocando para instâncias privadas ou procedimentos utilizados pelos órgãos jurisdicionais (GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites paea a institucionalização da mediação no judiciário. Coordenadores: Ada Pelegrino Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 150.)

A partir deste real fato, abriu um novo nicho de mercado. Várias organizações surgiram neste segmento e se comprometeram a fornecer os serviços de mediação, conciliação, arbitragem e outros meios alternativos para resolver qualquer tipo de problemas e conflitos causados por brigas, constituindo-se numa ampla rede de serviços voltados para a ADR podendo amenizar ou até mesmo resolver conflitos, tanto apenas complementando, como efetivamente deslocando para redes privadas os métodos utilizados pelos órgãos jurisdicionais.

Na década de 1970, diante deste colapso dos tribunais cada vez mais aumentando o desejo dos cidadãos, das comunidades, de todos poderem participar diretamente, frente a frente com a tomada das decisões que diretamente dizem respeito a si mesmos afetando a todos, assim a administração do então presidente Jimmy Carter deu impulso para ser criada os primeiros Centros de Justiça Vicinal.

Tendo como objetivo desses Centros, conhecidos pela comunidade como programas de mediação comunitária, oferecendo alternativas à Justiça oficial permitindo que cada cidadão resolva seus próprios conflitos, independentemente quais forem os motivos de tantas discórdias, levando a necessidade de ajuda de terceiros para solucionarem esses tais desentendimentos. Em meio a toda essa questão, nascem os tribunais multiportas, tribunais esses que serão objeto de estudo posteriormente.

2.2.2 Sistema Multiportas

Desde 1970 vem sendo construído um trajeto rumo à institucionalização da mediação nas Cortes norte-americanas, isso nas esferas legislativa, judicial e administrativa, em nível estadual e federal, a partir de medidas como projetos-piloto, experimentações, gerenciamento de processos, programas e iniciativas. A primeira referência ao sistema multiportas de solução de conflitos (*Multi-door Courthouse*) foi na *Pound Conference,* em 1976, trazendo a ideia de que invés de uma única porta direcionada ao Judiciário, um centro de solução de conflitos localizado na Corte poderia oferecer várias portas através das quais os indivíduos acessariam diferentes processos (mediação, arbitragem, *factfinding*, dentre outros). Assim, Paulo Afonso Vaz destaca:

> A ideia do tribunal multiportas, hoje implantada em quase todos os Estados americanos, com o apoio da ***American Bar Association*** surgiu no ano de 1976, na Conferência sobre Insatisfação Pública para o Sistema de Justiça, ocasião em que foi apresentado inovador projeto ***Multi-Door Courthouse*** pelo professor de Harvard E. A. Sander. Em 1983, a partir do manifesto de Derek Bok, enviado à Harvard, sobre o ensino jurídico, propondo que as Faculdades de Direito orientassem seus alunos para as práticas amigáveis de conciliação e do acordo, surgiu o movimento conhecido como a ADR ***(Alternative Dispute Resolution) (***VAZ, Paulo Afonso Brum. **Juizado Especial Federal**: contributo para um novo modelo democrático de justiça conciliativa. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal: Centro de Estudos Judiciários, 2016. p. 150-154).

Assim sendo, percebe-se que nos Estados Unidos, o Sistema Multiportas está relacionado com um redirecionamento de diversos casos para o local mais adequado para o seu tratamento e para a sua resolução. Toda essa questão pode ser endoprocessual ou extraprocessual, o que faz com que se tenha um enorme mercado de ADRs. Dessa maneira, Paulo Afonso Vaz destaca:

> Nos Estados Unidos, o ***Multi-Door Courthouse*** é uma situação ***top-down*** que redireciona casos ao fórum mais adequado. Nem sempre reconhece que as decisões judiciais são o processo indicado para todos os casos. Ou seja, a Corte Multiportas introduz as partes no sistema judicial e, em seguida, dependendo do tipo de conflito, as encaminha ao mais apropriado método de resolução de conflitos. Também fornece um link permitindo que a lei e as normas culturais das partes possam serem integradas por meio de um processo ADR, compatibilizando, assim, normas legais e culturais, direito e práticas sociais. Essa estrutura revela-se eficiente e eficaz na medida em que permite às partes chegar a uma solução relativamente barata e rápida, aumentando o nível de satisfação com o resultado e a probabilidade de cumprimento dos acordos (Vaz, Paulo Afonso. idem, página 151). (grifo do autor).

Percebe-se, dessa maneira, que a rotina dos Estados Unidos é totalmente voltada para a resolução pacífica das controvérsias, existindo assim, uma verdadeira cultura nesse

setor, possibilitando que esses estados expandam os seus horizontes constantemente e das mais variadas maneiras. Contudo, o grande diferencial está no fato de que, todas essas práticas são remuneradas e consequentemente mais valorizadas por toda a população americana.

2.3 Mediação Judicial Francesa

A mediação se encontra presente na história do pensamento humano, os modos tradicionais foram destilados naturalmente pela comunidade e voltaram-se aos chefes sociais, diferentemente da mediação contemporânea que se caracteriza pelo seu caráter deliberativo e fora do poder constituído. Assim, 25 anos depois do início da “década da mediação” e após grande renovação, a sua originalidade impõe novos desenvolvimentos para se consolidar, possuindo atualmente grande importância social.

Nesta senda, torna-se urgente definir precisamente o termo “mediação” e seu campo teórico e prático, assim como a problemática de sua inserção institucional na sociedade. A partir do método indutivo, a primeira parte propõe, sob forma de pesquisa fenomenológica, uma definição suficientemente rigorosa para romper o sincretismo que ameaça a mediação, mas suficientemente grande para não interrompê-la ou a esclerosar. O seu regime jurídico, sua institucionalização em relação à sociedade civil e seus modos de consolidarão sua coerência. Hoje, a urgência teórica da mediação predomina, apoiada na recomendação “nomear bem para fazer bem”, a qual foi inspirada no relatório “celeridade e qualidade da justiça, mediação uma via alternativa”, sustentado pelo presidente do Tribunal de Recurso de Paris em 11 de fevereiro de 2008 (GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La mediation**. Paris: Puf, 2013. p. 73.).

Entretanto, a exigência teórica permanece vital para pelo menos duas séries de razões: a persistência de estratégias de instrumentalização e deturpação, amparadas pelo baixo custeio de acomodar conciliadores em trajes de mediadores; a falta de capitalização de esforços conceituais anteriores que alimentam de boa fé aqueles que descobriram a mediação com total falta de rigor, vigilância e humildade, e que usam o termo sem verificar sua justificativa, alimentando os perigos de uma negligência terminológica. Na síndrome de M. Jourdain, eles pensam que estão fazendo mediação, como ele fazia prosa: sem saber; na “síndrome do mediador natural”, eles pensam em extrair de seu status pessoal ou profissional uma postura de mediador inata.

A evolução, desde a edição anterior, alimenta medos e esperanças: os medos: as autoridades públicas multiplicam os dispositivos que abusam do termo da mediação, as deturpações feitas pelo Estado têm duas consequências: a sua falha põe em risco desacreditar a mediação e encoraja outros atores a fazer mau uso deste termo. As esperanças: estas surgem da supressão da terminologia equivocada do Departamento de Mediação da República e vêm da capacidade dos mediadores de superar suas diferenças para elaborar um Código de Ética Nacional (OUDIN, Federica. Critique de la legislacion

française relative à la mediation. In: CASTELAIN, Bernard. **De l"autre côté du conflit**. [S.l.]: Anthemis, 2013. p. 144.).

De fato, na França e na Europa, definições confiáveis e reconhecidas da mediação permitiriam identificá-la e garantir o respeito em suas diversas áreas, pois estes conteúdos foram pensados na unidade fundamental do conceito de mediação para serem conduzidos para qualquer setor por simples mudança do adjetivo que caracteriza a mediação. A terminologia está expandindo, mas nem sempre a mediação. O paradoxo que domina a totalidade da primeira parte é simples: a maioria das práticas possui mediação apenas no nome escolhido por via da conciliação mais ou menos delegada, o que pode obscurecer a unidade fundamental do conceito de mediação. E assim, ela engloba todas as áreas da atividade humana, da mais privada à mais pública, é um fenômeno associado também ao desenvolvimento de modos não jurídicos de resolução de conflitos, mesmo que sua interpenetração crie uma prejudicial indefinição terminológica (OUDIN, Federica. Critique de la legislacion française relative à la mediation. In: CASTELAIN, Bernard. **De l"autre côté du conflit**. [S.l.]: Anthemis, 2013. p. 144).

A mediação, enquanto um conceito autônomo, precisa de um regime jurídico próprio. **O regime jurídico da mediação judicial se assemelha à conciliação**. Na realidade, existem dois tipos bem distintos de mediação: a mediação institucional, cujo regime jurídico resulta dos textos que a fundam, como a mediação "judicial"; a mediação convencional, cujo regime jurídico respeite a vontade dos parceiros, sem recear por prazo prescritivo, pois que respeita unicamente a vontade das partes.

2.4 A Mediação Francesa

A antiguidade da mediação explica sua presença constante na história do pensamento humano. Ela constitui um conceito relevante, que aparece em todos os dicionários de filosofia. Ela adquire hoje uma importância social que a renovou completamente e tornou urgente um esforço teórico sério. Recuando vinte e cinco anos atrás, no início da "década da mediação" (SIX, Jean-François. **Le temp de médiateurs**. [S.l.]: Le Seuil, 1990), a percepção da originalidade profunda da mediação impõe que esta se consolide e se desenvolva de forma útil.

Alguns as vezes a aproximam a um modo de regulação existente a longa data nas sociedades tradicionais, que no entanto difere em aspectos essenciais (v. Bem Mrad F. médiation et regulations negociées in Penser la médiation, L'Harmattan, 2008). Exercida geralmente pelos notáveis, que se apoiam sobre sistemas internos de poder. A missão de pacificação entre os paroquianos confiados aos cléricos pelos bispos da antiga França, na qual as palavras d'Afrique (BIDIMA, Jean-Godefroy. **La palabre**: une juridiction de la parole. [S.l.]: Michalon, 1997.) ilustra bem a regulação pela autoridade social interna. Ora, a mediação contemporânea se baseia sobre um terceiro externo (imparcial), se não, se

deveria falar em conciliação. Os modos tradicionais eram como destilados naturalmente pelo grupo e retornavam naturalmente aos chefes sociais, a diferença da mediação contemporânea que se relata pelo seu caráter deliberativo e fora do poder.

A atualidade do tema se manifesta pela utilização a todo momento da palavra “mediação”. Essa expansão reflete a necessidade vital de mediação, torna urgente precisar a sua definição, seu campo teórico e prático, assim que a problemática de sua inserção institucional em uma sociedade que ela reflete e que ela pode modificar. Toda essa questão é muito bem exemplificada por Michèle Guillaume-Hofnung:

> A consistência leva à busca de correspondência entre a natureza de um fenômeno, sua definição e seu regime legal. O método indutivo, a partir da ampla observação de um fenômeno, permite isolar os recursos salientes e, assim, defini-lo. Aplicado à mediação, o método indutivo requer ir além da apresentação setorial da atividade social realizada na primeira parte. O estabelecimento de uma tipologia das variedades de mediações, combinados às observações da primeira parte, serve como base para uma definição de mediação, bem como uma suposição sobre sua natureza (GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La mediation**. Paris: Puf, 2013. p. 81-91).

O método indutivo se impõe. A primeira parte proporá sobre a forma de uma pesquisa fenomenológica um inventário não seletivo das experiências que recorrem, mesmo abusivamente, da mediação ou similares a ela. A sua inserção nesse quadro não garante em nada a utilização da palavra “mediação” nessa proposta, na espera de um esclarecimento que virá em uma segunda parte. Percebe-se, dessa maneira, a necessidade de uma definição suficientemente rigorosa para romper com o sincretismo que ameaça a mediação, mas suficientemente larga para não bloqueá-la ou esclerosá-la. A apresentação de pistas relativas a seu regime jurídico, sua institucionalização em relação com a sociedade civil, mas também com outros modos de regulação (dos quais a justiça e a administração) consolidará sua coerência.

A preferência da prática pela urgência que prevaleceu até os anos 1999-2000, que consistia a opor as vigilâncias terminológicas um suposto realismo (“pouco importa a palavra utilizada, conciliação, mediação, aquilo que conta é fazer”), por fim sucedeu-se uma fase do primado da urgência teórica. Ela chegou a elaboração de um nível mínimo de inteligibilidade conceitual, que deveria permitir sua sobrevivência.

O relatório “celeridade e qualidade da justiça, a mediação uma outra via” produzida pelo grupo de trabalho sobre a mediação, instalado pelo Primeiro presidente da corte de apelação de Paris no dia 11 de fevereiro de 2008, apoiou a preconização de “bem dizer para bem fazer”. Apesar destas conquistas encorajadoras, a exigência teórica tornou-se vital por duas séries de razões ao menos: - a persistência de estratégias de instrumentalização capturam a imagem positiva da mediação.

Os poderes públicos e as empresas um pouco displicentes, usam seus conciliadores

no lugar de mediadores; - a ausência da capitalização dos esforços conceituais anteriores que alimentam de boa fé aqueles que 25 anos depois de seu início, descobrem a mediação com entusiasmo, mas também com uma total falta de rigor, de vigilância e de modéstia, e que utilizam a expressão sem verificar a sua justificação. O tempo que esses ardentes propagandistas daquilo que eles pensam ser a mediação toma consciência de seus erros, eles têm alimentado a divulgação de sua negação. Duas síndromes atingem nossos contemporâneos quando abordam a mediação. Na “síndrome de M. Jourdain”, eles pensam fazer mediação, como ele fazia a proza: sem saber. Já na “síndrome do mediador natural” eles pensam tirar a partir de seu status pessoal ou profissional uma postura inata de mediador. Os utilizadores intempestivos da palavra não percebem então a urgência de um esforço teórico. Eles manifestam geralmente um ceticismo nada modesto dos práticos para quem a ação antecede a reflexão. A reflexão não engendraria mais do que atraso e impotência num domínio no qual é preciso apostar em uma maior velocidade e inovar a todo preço. Não se pode evitar de evocar os perigos que a negligência terminológica insere na mediação, mas também as pessoas que a ela recorrem e a justiça a ela mesma (GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La mediation**. Paris: Puf, 2013. p. 81-91.).

A evolução depois da precedente edição alimenta medos e esperanças: - Os medos. Os poderes públicos multiplicam os dispositivos que utilizam abusivamente a palavra mediação. O polo da saúde ligado ao seu antigo provedor de justiça pratica na realidade a conciliação institucionalmente assistida. A comissão da mediação do consumo instalada no dia 20 de outubro de 2010, pelo Ministério da Economia e das Finanças guiará um tratamento de massa das reclamações sob forma de procedimentos internos, muito distantes do processo de mediação. O inconveniente de tais medidas equivocadas confirmadas pelo Estado é duplo. Seu inevitável fracasso arrisca de desacreditar a mediação. Ele encoraja outros atores a utilizar mal a palavra mediação[1].

As esperanças. Elas vêm inicialmente da supressão do equívoco terminológico proveniente da Médiature de lá République. Eles provem em seguida da interpretação *a mínima* que o Conselho do Estado fez da diretiva Européia de 21 de maio de 2008 sobre a mediação. Então elas provem da capacidade dos mediadores de superar suas divergências para elaborar um código nacional de deontologia (site UPIM)[2].

3 | CONCLUSÃO

Em suma, após a investigação do tema foram analisados dados de maneira lógica, experimental e bibliográfica de conhecimento da mediação no direito comparado: Brasil, França e Estados Unidos. Contudo, no aspecto procedimental, os métodos históricos,

1. D’ANTIN Martine Bourry; PLUYETTE Gérard; BENSIMON, Stephen. **Art et techniques de la mediation.** Paris: Litec. p. 23.
2. GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. **La mediation**. Paris: Puf, 2013. p. 81.

tipológicos, funcionalistas e estruturalistas foram a base para desenvolver este trabalho.

Na primeira parte tratou-se da mediação brasileira e do tratamento de conflitos, dando abertura para uma narrativa a respeito de uma nova concepção de direito, coloca-se em evidência as diferenças entre o rito tradicional jurídico e a mediação de conflitos. Sobre a sensibilidade indispensável a um mediador (que prioriza a satisfação de todos os participantes) e a insensibilidade necessária a um operador do direito (que prioriza a vitória da parte que lhe corresponde, devendo priorizar a codificação e o cumprimento desta).

Analisou-se a mediação de conflitos no direito comparado. Ilustrou-se por meio de uma pesquisa realizada em quatro países para dar amplitude sobre a prática: EUA, França e Brasil, para que analisadas as diferenças e semelhanças entre os rituais, juntamente com os resultados da mediação de conflitos, os países pesquisados pudessem vir a ser modelos de mediação, visto que habitualmente são mais citados nas bibliografias sobre esse tema e também por consequencia do maior fluxo comunicativo entre a pesquisadora e mediadores destes lugares. Agradeço pela freqüente conversação e pelas trocas enriquecedoras realizadas com os mestres: *André Gomma (um dos precursores de projetos sobre mediação, tendo formação em Columbia – NY, EUA) e Marcelo Rosadilla (Mediador/negociador e professor na maior universidade de Mediação dos EUA – Califórnia/Malibu); e com Michèle Guilaume-Hoffnung (mediadora e professora, expoente em mediação de conflitos em Paris).

A artigo elaborado evidenciou as formas de mediação realizadas nos países pesquisados, observando suas características e peculiaridades, esclarecendo que a mediação que vem sendo realizada institucionalmente e de modo privado em muitos países do mundo são diferentes. Os países escolhidos tiveram prioridade por consequencia do maior fluxo comunicativo entre a pesquisadora e mediadores destes territórios. A análise realizada permitiu um melhor espectro dos exemplos que estamos agregando (de quais países estamos nos aproximamos no quesito realização e resultado) e utilizando de fato na prática da mediação extrajudicial e judicial brasileira, dando visibilidade do caminho que está sendo trilhado, podendo observar o seu desempenho. A mediação não é perfeita, ela necessita da observação ternária para a descoberta da existência do real sentimento do outro. Os territórios/países pesquisados demonstram reações semelhantes das partes frente aos conflitos, corroborando com a ideia de que o código ternário é a base do conceito filosófico de mediação, demonstrando a importância de aperfeiçoar a sensibilidade, melhorando e ampliando a percepção de diversos pontos de vista. Foi empregado o método sistêmico e a análise comparada. Nesse sentido a definição da mediação se pauta nos princípios que ela se baseia e a forma na qual ela é realizada, pois somente através dessa rigorosa analise do seguimento da aplicação é que se pode determinar o sucesso ou insucesso da mesma no Brasil.

Historicamente, o direito brasileiro está centrado e focando principalmente no sistema

Civil Law, contudo, possui algumas peculiaridades do direito europeu. Mesmo assim, o sistema brasileiro e a sua Constituição apresentam características presentes no sistema *Common Law.* Assim, a Constituição de 1988, englobou o famoso "*due process of law"*, introduzindo assim, uma súmula vinculante EC n. 45/2004, com características parecidas com o "*stare decisis"* presente nos Estados Unidos. O Juizado de Pequenas Causas, conhecido pela Lei nº 7.244/84, o qual é conhecido pela Lei dos Juizados Especiais, pela Lei nº 9.099/95, também foi trazido dos Estados Unidos, através do modelo "*small claims Court".*

Todas essas peculiaridades foram essenciais para que, além da mediação, a arbitragem brasileira alcançasse outros âmbitos, principalmente com a Lei nº 9.307. Com isso, o Brasil passou a adaptar-se também com uma outra experiência internacional, conhecido como "*amicus curiae"*.

Contudo, nos Estados Unidos a mediação, há mais de 40 anos, tornou-se obrigatória, sendo uma experiência extremamente construtiva e integradora, pois, a mediação é uma forma peculiar e eficiente de composição de litígios caracterizada pela intervenção de um terceiro, o qual é classificado como mediador e que conduz as partes à um diálogo amigável e sereno, para que elas próprias encontrem a solução para suas dificuldades e conflitos.

Nos Estados Unidos, não muito diferente da França, os métodos alternativos de resolução de conflitos estão estabelecidos e elencando em um programa privado, em tribunais federais, estaduais e também locais. Apenas de eficiente e obrigatória, muito ainda se questiona sobre as consequências dessa obrigatoriedade imposta pelas Cortes perante essas práticas, as quais, podem ser tanto judiciais, como particulares.

Percebe-se, dessa maneira, que essas peculiaridades da lei refletem principalmente na sociedade civil, pois, tudo, incialmente terá que ser submetido a um mediador particular ou nomeado pelo juiz, para somente depois ocorrer, se necessário, a interferência do Judiciário. Contudo, muitas pessoas ainda destacam essa questão como uma inconstitucionalidade, pois, essa obrigatoriedade da mediação bate de frente com o princípio constitucional de que nenhuma lei poderá proibir o livre acesso do cidadão à jurisdição.

Além disso, no Brasil, há uma confiança no posicionamento de um juiz e do judiciário, não dando tanta importância, por essa questão, para a autonomia que possuem em si mesmas. Percebe-se assim, que esse é uma peculiaridade cultural no nosso país, da necessidade da presença do juiz, o qual é procurado e considerado como resolvedor de conflitos, apesar de todas as dificuldades porque sofre a estrutura judiciária brasileira.

Nos Estados Unidos, como já foi afirmado anteriormente, a mediação é obrigatória pelos tribunais e obteve grande sucesso. Assim, no Brasil, Lei da mediação é muito importante para a implementação de um melhor modelo de solução de conflitos, especialmente no que tange o seu caráter de obrigatoriedade.

Mesmo com toda essa incerteza, entre todos os meios alternativos de solução de conflitos, a mediação é técnica que mais permite ao cidadão a tomada de decisão nos rumos da sua vida privada, o que consequentemente trará consequências para o meio em que convive e para o todo. Isso ocorre, pois a técnica da mediação, diferente do procedimento judicial, permite que as partes, com o auxílio do mediador, decidam tranquilamente sobre o resultado final da controvérsia, o que traz responsabilidade pelas suas decisões e pelo cumprimento das peculiaridades que foram estipuladas por livre e espontânea vontade.

A mediação e os outros métodos de resolução de conflitos, são vistos, portanto, como uma das saídas encontradas para sanar os problemas que assombram o país. Mesmo que isso não seja possível, ao menos essas questões serão minimizadas, juntamente com a descrença na eficácia apenas do Poder Judiciário, e consequentemente da justiça brasileira.

Dessa forma, a mediação jamais deverá ser entendida como a solução mágica para todos os problemas que impedem a realização de justiça no Brasil, mas sim como uma alternativa para que em certos conflitos, seja possível encontrar a melhor solução para as partes e para a melhoria serviço jurisdicional.

Contudo, não é possível não reconhecer as vantagens apresentadas pelas formas alternativas de solução de conflitos (ADR) do direito norte-americano se comparadas ao sistema judicial, pois elas foram semeadas com as esperanças retiradas daqueles que encontram dificuldade em compreender as fases do processo judicial, o qual é grotesco ao impor respeito, e caro demais para obter resultados práticos. Assim, os processos judiciais não justificam seus custos, ou seja, há muitas leis e pouca Justiça, há muitas normas e poucos resultados.

Diante do exposto, notamos que a Rede Judiciária da União Europeia (França) traz elementos bastante avançados para solução de conflitos, notadamente quanto a adoção de métodos alternativos de solução de conflitos. A Rede Judiciária da União Europeia quanto ao tratamento adequado de conflitos/disputas mostra-se como exemplo dinâmico a ser seguido pelo Brasil, especialmente, no que tange a adoção de métodos de resolução de disputas, trazendo um aspecto evolutivo na metodologia adotada para a solução de conflitos via mediação, traçando fases e princípios específicos para o correto e eficaz procedimento da mediação.

Por fim, na tentativa de dar uma definição global da mediação, observam-se os princípios que regem a sua prática, pois as técnicas utilizadas garantem flexibilidade e abertura comunicativamente, evitando o engessamento do ritual (o direito sobrepõe esse efeito sobre a mediação), podendo ele se desenrolar conforme as partes se comportarem. Isso, pragmaticamente, portanto irá definir a mediação. Contudo, a definição global da mediação se dá através dos princípios seguidos pelos mediadores e pela condução que é dada independente do país, tribo, faixa etária ou classe social. Só isso evidenciará a diferenciação entre a mediação e outros meios de resolução de conflitos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende et al. A mediação no novo Código de Processo Civil. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ALVES JUNIOR, Sergio Antonio Garcia. Lei uniforme de mediação norte-americana: lições de técnica e democracia na estatização. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Estudos em arbitragem, mediação e negociação. Brasília, DF: Grupos de Pesquisa, 2004. v. 3.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Comentários ao código do processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ARISTOTELES. Politique, II, 3, 1282. Introduction, notes et index par J. Tricot. Paris: JVrin, 1987.

BARRETTO, Vicente de Paulo; PINTO, Gerson Neves. O direito e suas narrativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

BIDIMA, Jean-Godefroy. La palabre: une juridiction de la parole. [S.l.]: Michalon, 1997.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 2 nov. 2018.

BUSH, R.; FOLGER, J. The promise of mediation. San Francisco: Jossey-BassPublishers, 1994.

CALMON, Petronio. Fundamentos da mediação e da conciliação. 2.ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p.

CASTELAIN, Bernard. De l"autre côté du conflit. [S.l.]: Anthemis, 2013.

D'ANTIN Martine Bourry; PLUYETTE Gérard; BENSIMON, Stephen. Art et techniques de la mediation. Paris: Litec.

EUROPEAN UNION. 98/257/EC: commission recommendation of 30 March 1998 on the principles applicable to the bodies responsible for out-of-court settlement of consumer disputes (Text with EEA relevance). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX: 31998H0257. Acesso em: 29 jun. 2018.

FISS, Owen. Contra o acordo. In. SALLES, Carlos Alberto de. (Org.) Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Coord. de Tradução Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GABBAY, Daniela Monteiro. Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites paea a institucionalização da mediação no judiciário. Coordenadores: Ada Pelegrino Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 123.

GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. La mediation. Paris: Puf, 2013.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Planejamento estratégico do poder judiciário. Revista Justiça & Cidadania, [S.l.], n. 135, 2011. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/>. Acesso em: 01 nov. 2018.

LUHMANN, Niklas. O direito da sociedade. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MASSUCI, Alfonso. El procedimanto de mediacion como médio alternativo de resolucion de litígios en el derecho administrativo: esboço de lãs experiências francesa, alemã e inglesa. Revista de Administracion Publica, Madri, n. 178, enero/abr.2009.

NADER, Laura. Harmonia coerciva: a economia política dos modelos jurídicos. Revista brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, v.9, n. 26, p 23, out. 1994.

NASH, John. “Equilibrium points in n-person games” Proceedings of the National Academy of the USA. [S.l.], 1950.ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende et al. A mediação no novo Código de Processo Civil. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NICÁCIA, Camila. Direito e mediação de conflitos: entre metamorfose da regulação social e administração plural da justiça? Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v. 53, n. 83, p. 79-108, jan./jun., 2011.

OUDIN, Federica. Critique de la legislacion française relative à la mediation. In: CASTELAIN, Bernard. **De l”autre côté du conflit**. [S.l.]: Anthemis, 2013. p. 143.

PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de maio de 2008: relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial. Jornal Oficial da União Europeia, [S.l.], 24 maio 2008. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003: 0008:Pt:PDF. Acesso em: 21 jul. 2018.

PUCEIRO, Enrique Zuleta. Artigo no prelo para publicação em livro.

RESTA, Eligio. Direito fraterno. Tradução de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004.

RODRIGUES, Silvana Yara de Castro. Mediação judicial no Brasil: “avanços e desafios” a partir do novo código de processo civil e da lei de mediação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ROSENBERG, Marshall B. Comunicação não violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. São Paulo: Ágora, 2006, p.

SANDER, Frank. O acesso integral a justiça pela via c**entros multiportas de gestão de** conflitos. Rio de Janeiro, 2014.

SERPA, Maria de Nazareth. Teoria e prática da mediação de conflitos. Rio de Janiero: Lumen Juris, 1999.

SIX, Jean-François. Le temp de médiateurs. [S.l.]: Le Seuil, 1990.

TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. São Paulo: Método, 2008.

THE EUROPEAN PARLIAMENT; THE COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters. Disponível em:<https://eurlex.europa.eu/search.html?qid=1527012857311&text=mediacao&scope=EURLEX&type=quick&lang=pt>. Acesso em: 22 maio 2018.

VAZ, Paulo Afonso Brum. Juizado Especial Federal: contributo para um novo modelo democrático de justiça conciliativa. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal: Centro de Estudos Judiciários, 2016.

CAPÍTULO 11

OS DIFERENTES TIPOS DE ESTADO E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO ESTADO BRASILEIRO

Data de aceite: 04/08/2022

Anatércia Rovani Pilati
Doutora em Direito pela Universidade de Milão (UNIMI), Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Mestre em Direito pelo Instituto Internacional de Sociologia Jurídica de Onãti (Universidade do País Basco). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professora da Faculdade João Paulo II - Porto Alegre.

RESUMO: O fenômeno da judicialização das políticas públicas no Estado Democrático de Direito brasileiro, é objeto de estudo neste artigo a partir da perspectiva da formação do Estado. Analisa-se os diferentes tipos de Estado para o fim de alcançar a compreensão sobre o porquê da existência desse fenômeno. No contexto do Estado apresentado, adentra-se ao tema da judicialização da política tendo como base o princípio da divisão de poderes. Defende-se que judicialização da política se apresenta quando o Estado não promove meios para o exercício da autonomia, ou quando os meios disponíveis não estão propriamente estruturados ou seriamente executados. A não funcionalidade de instrumentos de participação social ao interferir na autonomia individual gera a busca por formas de efetivação desse direito, ainda que seja pela forma judicial.

ABSTRACT: The phenomenon of judicialization of public policies in the Brazilian Rule of Law is the object of this study from the perspective of State formation. The different types of State are analyzed in order to reach an understanding of why this phenomenon exists. In this context, the theme of the judicialization of politics is entered, based on the principle of power's division. It is argued that the judicialization of politics appears when the State does not promote means for the exercise of autonomy, or when the available means are not properly structured or seriously executed. The non-functionality of instruments of social participation when interfering with individual autonomy generates the search for ways of making this right effective, even if it is through the judicial form.

1 I INTRODUÇÃO

As estruturas históricas da formação dos Estados são fatores fundamentais a serem estudados quando se menciona a existência de tipos diferentes de Estado. É sabido que os indivíduos conviventes em sociedade nem sempre se organizaram por meio de uma estrutura denominada e com característica de Estado. O surgimento dessa instituição e sua organização decorrem de processos evolutivos que perpassam formas de organização, desde um Estado de Natureza, ao Estado de Sociedade (Streck & Morais, 2000), ao Estado Medieval até aproximar-se do Estado Moderno – em sua

primeira versão absolutista no qual o soberano concentrava a totalidades dos poderes e funções do Estado (Maders, 2010).

O Estado Moderno desenvolvido após o colapso do Estado absolutista tem como paradigma fundamental a doutrina da separação dos poderes, compreendendo a legalidade como valor supremo. Nestes termos, Montesquieu, na obra "Espírito das Leis", Livro XI, cap. VI (Montesquieu, 2005), considera a legalidade enquanto função precípua do Legislativo, a qual legitima a atividade do Executivo e que vincula o Judiciário na função de relacionar a lei com os fatos da vida.

Nesse contexto, Segundo Maurício Mota, a definição clássica de Estado de Direito se refere:

> [...] a de que todo o âmbito estatal esteja presidido por normas jurídicas, que o poder estatal e a atividade por ele desenvolvida se ajustem ao que é determinado pelas prescrições legais. Além disso, uma vez obtida a vigência dessa formula, pretendeu-se tornar o seu alcance mais preciso, afirmando-se que através dela o Direito seria respeitoso com as liberdades individuais tuteladas pela Administração Pública (Mota, 2011, p. 04).

Dessa forma, conforme Mota, um governo submetido ao Estado de Direito seria aquele contrário a um governo arbitrário. No entanto, a submissão do Estado a qualquer norma não garante a fuga à arbitrariedade. Por isso a importância referenciada à divisão de poderes, a qual estabelece a competência de cada Poder para que a legitimidade da lei possa ser conferida e para que somente as leis legítimas sejam executadas e julgadas pelo respectivo Poder competente.

A harmonia entre os poderes é questão extensivamente tratada por Montesquieu, que desenvolve a doutrina de freios e contrapesos na qual cada poder fiscaliza a atuação do outro em termos de alcance de atuação. É nessa perspectiva que se pretende analisar a possibilidade do Poder Judiciário em atuar com força controladora de determinadas atividades administrativas, como a efetivação de políticas públicas, por exemplo. Para tanto, alguns paradigmas fundamentais do Estado de Direito merecem análise no intuito de compreender a atuação do Poder Judiciário em relação às políticas públicas.

Nesse ímpeto, um estudo sobre os diversos tipos de Estado no que diz respeito à estrutura teórica se faz fundamental. Da mesma forma, a relação entre o tipo de Estado brasileiro e o fenômeno da judicialização se mostra importante para embasar as próximas análises tecidas. Esse exame pretende ser realizado por meio da observação da inter-relação entre o Poder Judiciário e a efetivação das políticas públicas, para então adentrar nas questões sobre processo deliberativo de decisão em relação a temas que envolvam políticas públicas.

A abordagem referente aos tipos de Estado exige uma reconstrução histórica – ainda que muito breve – em relação ao respectivo período em que cada tipo de Estado emergiu, salientando o foco no que se refere aos limites de atuação dos Poderes do Estado.

2 | O ESTADO LIBERAL DE DIREITO

O Estado Liberal tem sua raiz histórica na quebra da noção absolutista de Estado. Sua emergência, portanto, ocorre em meio ao repúdio às ideias de interferência ilimitada do governante soberano em todas as atividades do Estado. Outra característica de rejeição ao Estado Absolutista está na confusão entre o tesouro do monarca e do próprio Estado, o que representava-se também na cobrança de impostos sem lei prévia. Em contraste à falta de limitação à atuação do Estado, principalmente no que se refere à vida privada do indivíduo e às suas finanças, o Estado Liberal prega a não interferência do Estado por meio de regras rígidas limitem sua interferência na vida dos cidadãos. O dever do Estado, portanto, é negativo, ou seja, de não agir.

Neste contexto de pós-absolutismo, o contratualismo teorizado por Rousseau (Rousseau, 2002), entre outros, apresenta-se aceitável em sua forma de delegar todas as funções estatais possíveis a representantes privados regidos por uma lógica de responsabilidade pelo público (o qual é de todos). Nesta lógica, o Poder deve estar dividido entre Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, cada um com suas funções delimitadas e sem interferirem no ambiente individual de cada cidadão.

A clássica da separação dos poderes foi concebida pelo movimento iluminista, mais especificamente na França do século XIX, como importante proteção dos indivíduos contra as interferências do Estado em suas esferas de vida privada. Segundo Gregório de Almeida (2011), este é um período em que as inspirações liberais na Europa advinham de influências também da declaração de independência norte-americana e dos ideais de sua Constituição republicana.

Os esforços neste momento estavam em exaltar o liberalismo perante o Estado, no sentido de garantir a liberdade do homem. A separação dos Poderes detinha a função de resguardar a liberdade por meio do princípio da legalidade, nesse sentido, o Estado passava a estar limitado pela lei. Os indivíduos, da mesma forma em que exigiam proteção da lei contra arbitrariedades do Estado, também se viam delineados aos limites da legalidade. Nesse cenário, o Estado passa a perder o domínio sobre a econômica, fazendo dela uma possibilidade de atuação individual. Conforme Gregório de Almeida (2011), no Estado absoluto o indivíduo possuía somente direitos privados em relação ao Estado, já com o Estado liberal, passa a ter direitos públicos também. O Estado de Direito, portanto, se torna o Estado do cidadão individualizado.

Dentre as fundamentais características do Estado Liberal estão a separação dos poderes, o respeito a uma constituição enquanto norma fundamental, a legalidade enquanto superioridade da lei e a garantia de direitos individuais (Souza, 2002). A noção de liberalismo com Adam Smith perpassa pela noção de proteção à propriedade e aos contratos enquanto essência das funções do Estado. A nenhuma outra função o Estado

se faz essencial, de modo que no caso de não haver propriedade, não há necessidade de Estado (Souza, 2002).

Nesse sentido, Lênio Streck define as idéias fundamentais do Estado Liberal:

a. Separação entre estado e Sociedade Civil mediada pelo Direito, este visto como ideal de justiça.

b. A garantia das liberdades individuais; os direitos do homem aparecendo como mediadores das relações entre os indivíduos e o Estado.

c. A democracia surge vinculada ao ideário da soberania da nação produzido pela Revolução Francesa, implicando a aceitação da origem consensual do Estado, o que aponta para a idéia de representação, posteriormente matizada por mecanismos de democracia semidireta – referendum e plebiscito – bem como, para a imposição de um controle hierárquico da produção legislativa através do controle de constitucionalidade.

d. O Estado tem um papel reduzido, apresentando-se como Estado Mínimo, assegurando, assim, a liberdade de atuação dos indivíduos. (Streck & Morais, 2000, p. 87)

A noção norte-americana de freios e contrapesos influenciou a noção de separação de poderes, uma vez que estruturou e difundiu a noção de fiscalização recíproca entre os poderes. Dessa forma, o Poder Legislativo pode atuar como julgador, assim como o Executivo tem possibilidade de tornar-se um órgão legislativo em determinadas situações. Esse sistema de fiscalização mútua depende das delimitações e definições dadas pelo modelo constitucional construído.

É, portanto, no Estado Liberal que o direito privado é enfatizado, tornando-se seu paradigma fundamental e indiscutível. Trata-se de concepção advinda dos anseios burgueses de obtenção e manutenção do poder. Nesse Estado são exaltados direitos que posteriormente vieram a chamados de primeira dimensão relacionados à liberdade, aos direitos civis e políticos nos quais o indivíduo é o centro fundamental, principalmente no que se refere a sua proteção contra arbitrariedades do Estado.

Nesse sentido, deve o Estado garantir a certeza das relações sociais por meio da compatibilização dos interesses privados de cada um com o interesse geral de todos. Segundo Mota,

> O Estado Liberal caracteriza-se pela difusão da idéia de direitos fundamentais, da separação de poderes, bem como do império das leis, próprias dos movimentos constitucionais que impulsionaram o mundo ocidental a partir da *Magna Charta Libertatum*, de 1215. (grifos do autor) (Mota, 2011, p. 5).

Neste modelo, ao Judiciário incumbe unicamente a solução de conflitos entre

privados e, por excelência, a proteção da propriedade. A proteção da autonomia individual constitui-se fator principal. A igualdade de todos perante a lei é consagrada de forma que todos se apresentam proprietários de determinados direitos individuais mínimos e, portanto, devem ser iguais frente a lei (Mota, 2011). Tal como explica Ovídio A. Batista da Silva,

> Os pensadores liberais supunham que a derrocada do regime soviético teria produzido o "fim da História". Ninguém mais poderia opor-se à liberal democracia, considerada a formula genial de organização política, capaz de garantir o exercício da mais ampla liberdade possível, permitindo a convivência harmônica de todas as crenças morais e religiosas. "naturalizando" a idéia de regime democrático representativo e livre mercado global, numa formula abstrata e universal, supunham-no capaz de ser praticado com igual perfeição em todo o mundo, independentemente da cultura e tradições de cada povo. O liberalismo seria a 'ultima conquista', insubstituível, do gênio político. (grifos do autor) (Baptista da Silva, 2004, p. 7).

O modelo liberal, no entanto, não perdurou com a constância e plenitude que se esperada dele. Outras proteções que não apenas a referida à propriedade começaram a ser exigidas do Estado, que se percebeu obrigado a transbordar sua amplitude de atuação de modo esquivar-se de alguns princípios liberais. O século XX provou de crises econômicas que exigiram a criação de mecanismos de proteção e salvaguarda dos menos favorecidos por parte do Estado. As idéias liberais permaneceram, no entanto, em meio à percepção de que em relação a determinadas crises o mercado por ele mesmo não conseguiria superar.

Nesse sentido, entendeu-se pela necessidade de repensar os valores do Estado liberal, sobre até que ponto a não intervenção na esfera privada e principalmente na economia poderia manter a sociedade próspera. O livre arbítrio do setor econômico estava dando sinais de que não encontraria soluções para imensas desigualdades. O Estado começou a fazer-se necessário para que, de forma democrática, fosse possível retirar a sociedade de situações de vulnerabilidade econômica e proporcionar um ambiente um pouco mais razoável de vida aos cidadãos.

3 I O ESTADO SOCIAL DE DIREITO

O Estado Liberal, tal como visto anteriormente, começou a ser questionado pelo radical privilégio do individualismo, pela não interferência do Estado e pelas desigualdades sociais advindas ou mantidas por este modelo. Estas questões somaram-se ao caos do término da Primeira Guerra Mundial.

A esse respeito, interessante analisar o que José Luiz Quadros de Magalhães refere sobre estas questões:

> Esse individualismo dos séculos XVII e XVIII corporificado no Estado Liberal e a atitude de omissão do estado diante dos problemas sociais e econômicos conduziu os homens a um capitalismo desumano e escravizador. O século

> XIX conheceu desajustamentos e misérias sociais que a Revolução Industrial agravou e que o Liberalismo deixou alastrar em proporções crescentes e incontroláveis. Combatida pelo pensamento marxista e pelo extremismo violento e fascista, a liberal-democracia viu-se encurralada. O Estado não mais podia continuar se omitindo perante os problemas sociais e econômicos (Magalhães, 2000, p. 44).

A concepção de que o Estado não mais deveria interferir na vida dos cidadãos e na economia, apenas protegendo o direito de propriedade, nas primeiras décadas do século XX, dá lugar a novas idéias de um Estado compreendido, provedor de ações positivas. Ou seja, começa-se a construir a noção de um Estado que busca implementar a igualdade não apenas perante a lei (igualdade formal), mas em relação ao provimento de condições materiais também (igualdade material). Importante a esse processo foi a influência das ideias socialistas, comunistas e anarquistas, as quais empolgaram os movimentos coletivos por melhores condições de vida e de trabalho.

Dentre as alterações significativas desse momento, ressalta-se o aumento da relevância das constituições para os ordenamentos jurídicos. Antes, o domínio dos Códigos – e no Estado Liberal principalmente o Código Civil e Comercial – exaltava os direitos individuais civis e políticos como cerne da estrutura jurídica do Estado. A Constituição da República de Weimar, nesse sentido, revelou-se como paradigma constitucional de um Estado que se denominou de Estado Social de Direito. As Constituições como cartas de direitos fundamentais e sociais começam a ganhar importância.

O desenvolvimento desse modelo de Estado, portanto, não se deu de forma repentina, mas sim está ligado a movimentos operários por regulamentação de direitos. A alteração das relações de produção como a redução da jornada de trabalho, benefícios previdenciários e assistência social – como moradia, transporte, alimentação, saúde, entre outros – se constituiu argumento fundamental à construção de novos direitos. Esses direitos e benefícios deixam de ter caráter de caridade para tornarem-se direitos exigíveis, próprios da cidadania e vinculados à dignidade humana. Trata-se da incorporação da igualdade substancial aos princípios constitucionais como alicerce do Estado.

As constituições passam a incorporar direitos sociais tais como garantias de acesso à educação, à cultura, ao trabalho, à moradia, à saúde, entre outros. Revelam, portanto, outras funções do Estado que não apenas a proteção da propriedade. Trata-se da concepção de que existem direitos sociais indissociáveis à existência do cidadão. Nesses direitos compreende-se um conjunto de bens e serviços que o Estado tem a obrigação normativa de fornecer.

O Estado Social de Direito, também denominado como Estado de Bem Estar Social (BOBBIO, 1995), assume a responsabilidade pela promoção de prestações positivas que envolvam direitos sociais. Regulamentação de direitos trabalhistas e previdenciários é o tradicional exemplo da intervenção do Estado na sociedade. Trata-se de um Estado

disposto a exercer o papel de planejador e executor de atividades econômicas e sociais que busquem o desenvolvimento do bem comum. Evidenciam-se, neste modelo de Estado, os direitos denominados de segunda dimensão (Lenza, 2009). Mais do que buscar promover direitos de igualdade por meio de ações positivas, o Estado Social de Direito busca promover meios de proteger esses direitos.

Nesse Estado, nota-se o desenvolvimento de políticas públicas concentradas em beneficiar o cidadão economicamente e socialmente menos favorecido. Trata-se de programas sociais apoiados na abundante normatização de disposições programáticas nas constituições, o que torna o Estado responsável pela execução destas disposições. O cidadão se torna destinatário de projetos e programas elaborados e executados pelo Estado, transformando a cidadania em promessa estatal.

Segundo Sonia Draibe, são características deste Estado:

> A tendência do Estado de modificar o livre funcionamento do mercado; o princípio da substituição do rendimento em caso de perda temporária ou definitiva da capacidade de obtê-lo, para a prevenção dos riscos próprios inerentes à economia de mercado (velhice, doenças, maternidade, desemprego); a garantia, mesmo para os excluídos do mercado de trabalho, de uma renda mínima a um nível considerado suficiente para a satisfação das necessidades sociais e culturais essenciais (Draibe, 1989, p. 18).

O Estado atua na efetivação das normas programáticas constitucionalmente previstas por meio do legislador constituinte, proporcionando meios para que o Executivo aja de forma legitimada. Quanto à atividade do Judiciário, a este cabe atuar na tentativa de resolução de possíveis falhas ou lacunas no sistema jurídico, além dos diversos conflitos entre cidadãos e entre cidadãos e o próprio Estado. Importante frisar que muitas vezes a tarefa do Judiciário se constitui meramente de direcionar a promoção do direito a uma melhor forma de adequá-lo às finalidades sociais pretendidas (Kelsen, 1992).

Norberto Bobbio (1995), brilhantemente, ensina que no Estado Moderno (BOBBIO, 2015) o juiz torna-se um órgão do Estado, posição que não assumia no Estado Liberal no qual ocupava posição de livre órgão da sociedade. O juiz, portanto, assume um dos poderes estatais: o judiciário. A ele recai a resolução de debates provenientes de questões legislativas passíveis de gerarem controvérsias.

O Estado Social não representou uma ruptura radical com o Estado Liberal, mas representou uma mudança de paradigma em relação ao papel do Estado perante seus cidadãos. Almeida e Cianci (2011) consideram que o Estado Social representou uma correção de rumo do liberalismo, uma vez que possibilitou a garantia de direitos políticos e sociais, mantendo a forma de liberdade sustentada pelo individualismo anterior. A atuação do Poder Judiciário se manifesta como de extrema importância, pois entre outras funções deve atuar para garantir a realização das normas programáticas.

Conforme afirma Claus Offe (1972), o desenvolvimento do Estado Social de Direito é um fenômeno ocorrido com sociedades de capitalismo avançado, as quais criaram problemas sociais que na manutenção do próprio sistema não conseguiram resolver. O Estado de Bem Estar Social seria, portanto, uma forma de compensar os desajustes causados pela lógica liberal capitalista. Desse modo, a preponderância do social não significa alterações na estrutura da sociedade capitalista, apenas representa-se como um propósito compensatório. Este Estado não causa a destruição das formas anteriores de vida social (Offe, 1972).

Maria Goreth Dal Bosco se reporta à manutenção do individualismo como causa da crise do Estado Social. Segundo ela, "a deslegitimação histórica deste modelo, proporcionada pelo isolamento dos cidadãos e conseqüentemente ausência de participação e cooperação na formação de interesse geral, provoca uma crise de representação e de liberdade de expressão" (2008, p. 50).

O Estado social, nessa perspectiva, tem a intenção de promover meios para que todos possam desenvolver-se de forma moral, intelectual e econômica, proporcionando, assim, a cada um a escolha de seu plano de vida. Trata-se de condições de igualdade que de maneira individual o indivíduo unicamente por seus meios não conseguiria – ou muito dificilmente conseguiria – alcançar.

O Estado Social, portanto, institui-se quando o ordenamento constitucional estatal passa a considerar como direitos de todos a igualdade proporcionando meios legislativos de efetivação desses direitos. Trata-se de buscá-los no programatismo das disposições normativas em busca de aplicabilidade da norma no seio social. Nesse processo, direitos sociais são necessariamente garantidos pelos Poderes do Estado que passa a fazê-lo majoritariamente por meio de políticas públicas.

A crescente importância destinada aos direitos sociais no Estado Social não se constitui resultado de escolhas, mas sim de necessidade imposta pela grande margem populacional sem condições de escolhas. Segundo Offe (1972), são as condições econômicas e sociais que determinam a emergência deste modelo de Estado e não opção feitas na esfera política. Segundo ele,

> Padrões ideológicos não são apenas ausentes, mas eles seriam inaplicáveis mesmo se existissem, porque a margem para políticas alternativas "viáveis" é muito pequena para permitir escolhas baseadas em princípio. É exatamente esta situação que melhor descreve o desenvolvimento do Welfare State. Plataformas dos partidos e resultados eleitorais parecem não ter influencia na percentagem do orçamento estatal que é gasto para fins de Welfare ou em novos programas de Welfare que são criados. Muito mais importantes como determinantes das políticas ("polices") são variáveis econômicas tais como o crescimento da produtividade, a extensão da mobilidade social, o nível tecnológico das industrias básicas, o tamanho e composição da força-de-trabalho, a estrutura de idade da população e outros indicadores

> macroeconômicos e macrosociológicos (Offe, 1972, p. 484).

Nessa lógica, o Estado Social é uma constante adaptação e tentativa de compensação das desigualdades instauradas pelos problemas sociais gerados pelo capitalismo liberal. Pode-se entender como um desenvolvimento daquele modelo liberal de produção capitalista, no qual o Estado assume atividades antes exercidas apenas por entes privados. Trata-se do processo de inserção nos textos constitucionais de normas que se referem às relações existentes entre as classes sociais.

A materialização dos direitos sociais dispostos constitucionalmente é o que importa ao Estado Social de Direito. No entanto, os custos deste Estado torna muitas vezes sua intenção inviável de ser efetivada. Decorre disso a ineficácia das disposições constitucionais sociais, ainda que legitimamente previstas. Em muitas situações os deveres impostos ao Executivo, no sentido de empregar recursos financeiros em determinados setores do Estado, acaba não sendo cumprido – por motivos de falta de recursos, de excesso de burocracia, de corrupção, entre outros. Em sendo um direito social fundamental, quando o Estado não elabora meios para sua materialização – não efetiva um política pública eficiente, por exemplo -, o cidadão acaba recorrendo ao Judiciário, o qual se vê obrigado a decidir entre o direito de uma pessoa e os recursos orçamentários do Estado. Deforma bastante simplificada, este é o processo que origina o fenômeno da judicialização da política, como se estudará melhor adiante.

4 | ESTADO CONSTITUCIONAL

O constitucionalismo constitui-se de um movimento no qual as constituições passaram a obter maior relevância carta de direitos nos ordenamentos jurídicos dos Estados. A busca de proteção a direitos denominados como fundamentais conduziu à emergente importância dos textos constitucionais em relação aos demais livros legislativos, tais como os códigos. A Revolução Francesa representou como marco importante para a garantia das constituições como fonte de direitos que protegessem o indivíduo das arbitrariedades do Estado. Inicialmente, portanto, a essência do constitucionalismo se dá na defesa de direitos individuais, de primeira dimensão.

O processo de formação dos Estados Nacionais (Estado de Direito) coincide com o aumento da relevância das constituições no ocidente (Accioli, 1981). Na essência desses processos está a positivação de direitos e garantias aos indivíduos, por meio da definição e imposição de regras (limitações) determinadas ao Estado. Segundo Mota,

> O constitucionalismo moderno surge com o tema central da fundação e legitimação do poder político, assim como a constitucionalização das liberdades. A idéia, na era moderna, é impor limites ao Leviatã e garantir os direitos individuais (Mota, 2011, p. 6).

No entanto, inicialmente as constituições determinavam diretrizes para o legislador, normas relacionadas à divisão dos poderes e designação de competências. O Poder Legislativo estava designado a ser o poder instituidor de leis, representando superioridade sobre o Judiciário, que por sua fez estava limitado à aplicação da lei, sem competência questionadora de inconstitucionalidades.

O controle de constitucionalidade de atos legislativos somente se firmou como importante ferramenta para manutenção das garantias fundamentais no século XX. O Estado começa, então, a assumir funções relacionadas à efetivação das garantias constitucionais e em conseqüência disso ao desenvolvimento de políticas publicas. O Estado Constitucional, portanto, é aquele em que a Constituição é a carta hegemônica de todo o ordenamento jurídico, e todos os poderes estatais e cidadãos estão submetidos à legalidade constitucional. Nessa legalidade, compreendem-se garantias aos direitos sociais e às liberdades individuais civis e políticas (Canotilho, 2006).

Nesse sentido, conforme afirma Dal Bosco:

> (...) o Estado só pode ser concebido enquanto Estado Constitucional, ainda que esta qualificação, só mais recentemente, tenha sido aceita pelos estudiosos do Direito Público, sendo entendida como um Estado submetido ao direito, regido por leis e sem confusão de poderes, ou como afirma Canotilho, "um Estado com qualidades", representadas pelo "Estado de Direito" e pelo "Estado democrático". Assim, o Estado estaria estruturado enquanto Estado de Direito democrático, ou seja, dotado de uma ordem de domínio à sociedade e por ela legitimada (Dal-Bosco, 2008).

Dessa forma, sendo o Estado Constitucional um Estado instituído por bases da legalidade e de garantias programáticas a direitos sociais, a materialização desses direitos passa a depender de regulamentações no intuito de que se tornem práticas. Por exemplo, o direito social à saúde, garantido de forma genérica no texto constitucional, exige regulamentação sobre a forma com que será efetivado. Trata-se do estabelecimento de parâmetros estatais para o desenvolvimento de políticas públicas.

Importa, portanto, perceber de que forma essas políticas são concebidas, se constarão com formas democráticas de desenvolvimento ou serão impostas pelo Legislativo. Interessa a forma de participação efetiva que é proporcionada pelo Estado (implementador) aos receptores destas políticas, ou seja, aos afetados por estas políticas.

O fenômeno da judicialização da política também impõe reflexões sobre o quão democrática ou não – e que tipo de democracia – pode ser uma Constituição no que tange à regulamentação de políticas públicas. Restringir o processo de regulamentação das garantias constitucionais ao Poder Legislativo diz muito sobre as intenções de um Estado Constitucional. A judicialização da política ocorre quando o cidadão não obtém garantia do seu direito porque a forma com que o Estado o regulamentou - ou seja, pela política pública tal qual está elaborada, organizada e efetivada – não corresponde às necessidades da

sociedade. O Judiciário nessas demandas de judicialização da saúde, portanto, exerce um papel de mediador entre Estado e cidadão, servindo também – ainda que indiretamente – como forma democrática de expressão popular. Uma vez que meios democráticos não são previstos para possibilitar a elaboração de políticas públicas por meio da participação daqueles que serão afetados por ela, ocorre a distorção dos reais propósitos dessa política.

Nesse sentido, o Estado Constitucional representa um avanço nas garantias dos direitos e na vinculação de toda legislação infraconstitucional aos seus parâmetros. No entanto, os processos de regulamentação das abrangentes normas constitucionais podem expor um caráter não democrático de um Estado que se afirma como democrático.

5 I O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Partindo da concepção de Estado de Direito enquanto modelo em que a estrutura estatal está organizada em critérios vinculados à lei, de forma que há relação intrínseca entre o direito e a política, impõe-se a consideração de determinadas características: a lei é imposta a todos de forma igual, ao Estado é dado status de pessoa jurídica, a separação dos poderes é fator fundamental no qual se mantêm a independência e o controle mútuo de cada poder e a prevalência dos direitos fundamentais está nas razões constituintes do Estado. Trata-se do Estado em que o respeito à lei é a base da sociedade, estando a Constituição como norma maior de hierarquia, e todos essas fontes do direito estão pautados por parâmetros democráticos.

O Estado Democrático de Direito tem como valor fundamental a liberdade civil e se dispõe a respeitá-la por meio da garantia de legitimidade do sistema jurídico. Neste Estado a Constituição está baseada em elementos democráticos e está estruturada para preservar instâncias de decisão democrática como fundamento.

Nesse contexto, questões que se referem à coisa pública estão condicionadas à participação da sociedade, seja na forma representativa – quando os cidadãos elegem um representante para tomar decisões na esfera pública –, seja em outras formas, tal como a deliberativa, por exemplo.

A configuração deste modelo de Estado surge com o final da Segunda Guerra Mundial, momento em que pensadores do direito começam a buscar formas mais concretas de proporcionar garantia de fato aos direitos fundamentais. Além da iniciante construção das noções sobre direitos humanos, esse período também é marcado pela inclusão nos textos constitucionais de direitos de segunda dimensão. A disposição destes direitos com força normativa constitucional impõe ao Estado a interferência na econômica de modo a possibilitar a eficácia de direitos fundamentais.

A democracia como norma fundamental traz o cidadão à participação do debate público sobre os problemas do Estado, ao mesmo em tempo que coloca este Estado como

responsável pela execução de valores sociais. As normas constitucionais referentes aos direitos democráticos, políticos e sociais se constituem de natureza cogente, na qual há exigibilidade de cumprimento.

O Estado Democrático de Direito, portanto, se caracteriza por constitucionalmente proporcionar meios para o pluralismo, para a participação ampla de diversos grupos sociais. Contudo, existe a necessidade de se pensar sobre a efetividade prática dos meios de exercício democrático. Neste estudo, analisam-se meios participativos de democracia para concretização de um debate plural a cerca das políticas públicas relacionadas ao provimento da saúde pública, mais precisamente ao fornecimento de medicamentos pelo Estado.

A compreensão das disposições constitucionais relacionadas ao sistema de tripartição de poderes, portanto, podem sofrer alterações quando preceitos democráticos fundamentais ao Estado de Direito são incluídos nas constituições. Isso por que a constituição passa a coordenar aspectos de efetivação da democracia com a divisão de Poderes do Estado. O texto constitucional, portanto, incorpora instrumentos processuais de efetivação automática de seus preceitos. Passa a exigir do modelo clássico de tripartição do Estado que cada um dos Poderes exercite sua função com finalidade de atender aos princípios constitucionais democráticos tendentes ao interesse público. Ou seja, o cidadão se torna protagonista do poder político.

Nesta configuração de Estado, o Poder Judiciário assume a importante função de interpretar o direito – e não apenas aplicar o direito -, tendo sempre em vista a complexidade das concepções constitucionais. O estrito legalismo é contraposto à possibilidade da decisão jurídica estar baseada em princípios constitucionais que permitam margem de hermenêutica e que possam transbordar ao enquadramento objetivo do legalismo.

No entanto, uma concepção principiológica ampla abre margem para que os cidadãos exijam do Estado, por exemplo, a efetivação de direitos que não estão claramente especificados, mas apenas referidos. A efetivação do direito à saúde, constitucionalmente considerado como dever do Estado, pode compreender-se de diferentes formas, mais abrangentes ou menos abrangentes. Ao Judiciário recai em parte a delimitação dos limites à obrigação efetiva do Estado para com o cidadão. Aspectos relacionados a estas questões serão dimensionados neste estudo.

6 | O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

O Estado Democrático de Direito está, portanto, vinculado a uma Constituição e a uma ideia de justiça. Os limites estabelecidos ao exercício do poder político por parte daqueles que detêm funções estatais não é livre, mas sim está vinculado às funções para as quais o Estado se propôs a servir e aos objetivos que pretende alcançar. Ao Estado

Liberal, cabe a vinculação de seus objetivos à garantia da livre circulação de bens, da não interferência estatal em relações que digam respeito a entes inteiramente privados, a não ser quando para exercer a proteção da propriedade. Atuando condizentemente com tais objetivos e conforme a legalidade das normas constitucionalmente e legalmente estabelecidas, o Estado Liberal tende a promover a justiça com a qual se comprometeu.

O Estado Democrático, nestes termos, assume a posição de perseguir meios democráticos de decisão para atingir o propósito da promoção da justiça. Estando este Estado vinculado à concepção do Estado de Direito, o exercício de qualquer função somente poderá ocorrer quando por meio de instrumentos previamente institucionalizados pela ordem jurídica e por aqueles que detêm competência para praticá-lo (Maders, 2010). A este Estado, complementarmente, cabe a importante função de cumprir com as determinações normatizadas nas constituições, denominadas de deveres do Estado. Esses pressupostos axiológicos previstos constitucionalmente referem-se ao ideal de justiça expresso pela representatividade da sociedade no Poder Constituinte e por meio de sua aplicação nos casos concretos que conduzem à efetivação da justiça por meios democráticos.

O Estado de Direito, portanto, deve ater-se na garantia e efetivação dos direitos fundamentais, vez que constituem a base de sua fundamentação e legitimidade. Nesse aspecto, a garantia do acesso ao judiciário em caso de violação ou ameaça de violação a direitos, ou quando da não promoção – devido a falta de instrumentos de efetivação – de um direito fundamental, deve figurar como critério básico da organização do sistema jurídico. Ainda nesse âmbito, princípios como o do contraditório, da ampla defesa e da igualdade entre as partes do processo, se constituem fundamentais para a caracterização do Estado Democrático de Direito, diferenciando-o de outros modelos de organização do Estado baseados na concentração de poder absoluto ou na hegemonia de um grupo social.

A forma democrática do Estado de Direito tem como objetivo primordial a igualdade formal, não apenas para limitar a ação estatal – no intuito de evitar abusos -, mas também para transformar a sociedade. Nesse modelo, a lei não apenas tem um caráter de sanção ou promoção, mas também assume forma de reestruturação das relações sociais.

Neste sentido, o Estado Democrático de Direito soma elementos caracterizadores ao modelo social no sentido de efetivar a igualdade substancial dos cidadãos. Segundo Maders (2010), o Estado Democrático de Direito é um adicional normativo em relação ao Estado Social, uma vez que impõe ao ordenamento jurídico e à ação estatal o conteúdo de transformação da realidade, baseado na constituição, no sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, na igualdade, na legalidade e na justiça social.

Nessa lógica, no Estado Democrático de Direito percebe-se um incremento no rol de direitos do cidadão, gerando consequentemente uma transformação no conteúdo das garantias. Com isso, a esfera de tensão social tende a deslocar-se do Executivo para o Judiciário, o qual acaba necessariamente tendo que interferir na atuação daquele a fim de

garantir a efetividade dos direitos constitucionais e da própria democracia. Esse fenômeno, tal como referido nos aspectos introdutórios deste estudo, vem ocorrendo no Brasil no que se refere ao direito à saúde.

Ao tratamos do Estado Democrático de Direito no Brasil, primeiramente devemos analisá-lo a partir da promulgação da Constituição de 1988. Isso porque, ao menos no que se refere ao plano teórico, esta Carta constituiu-se em grande avanço por considerar a cidadania, o pluralismo político e a dignidade da pessoa humana como fundamentos do Estado. O fundamento do Estado representa seu conteúdo constitutivo, ou seja, as estruturas básicas do Estado e da sociedade. Essa característica basilar é o que diferencia um direito como fundamental por seu conteúdo, de uma mera positivação constitucional (Canotilho, 1999).

No artigo primeiro da Constituição brasileira, está explícita a nominação do Estado Brasileiro como Democrático de Direito. A intenção desta especificação pretende deixar clara a noção de país governado e administrado por poderes dotados de legitimação, submissos à lei e obedientes aos princípios democráticos fundamentais. Trata-se da afirmação do princípio da legalidade como um dos objetivos da República.

A legitimidade dada às leis, portanto, advém dos representantes eleitos pela própria sociedade por meio do direito ao sufrágio. Essa relação, no entanto, encontra diversos problemas quando analisada a efetividade da representatividade dos eleitos. Isso porque não há uma expressiva ação política participativa do povo brasileiro na transformação da sociedade – devido a falta de meios de participação.

Além do voto, em períodos eleitorais, não são oportunizados outros instrumentos participação em decisões importantes da sociedade – isso quando a participação não é obstacularizada[1 CITATION] . Segundo Mota (Mota, 2011), devido a essa situação, o Estado Social de Direito não pode ser considerado um estado de Direito, uma vez que não assegura com efetividade a participação política na formação da vontade do Estado. Sendo os indivíduos mantidos alheios das ações políticas dado o paternalismo da estrutura social, política e jurídica do próprio Estado. Nesse contexto, direitos sociais considerados fundamentais são parcamente assegurados por políticas públicas ineficientes e serviços públicos sem qualidade. Segundo Mota (2011), portanto, ante essa realidade não há falar em Estado de Direito efetivo.

Cumpre salientar que questões como essas serão mais detalhadamente discutidas, com foco nas discussões sobre a política nacional de saúde pública no Brasil.

Importante, por ora, referir que a representatividade, no modelo de democracia

---

1. CITATION Neste aspecto, consideramos como outros meios de participação exemplos como audiências públicas, conselhos e conferencias sobre temáticas importantes da sociedade. Em relação aos obstáculos, considerações sobre horário de início das audiências públicas, em meio ao horário cotidiano de trabalho em dias úteis, por exemplo, ocasionam a impossibilidade da imensa maioria dos cidadãos interessados de participarem dos debates.

participativa, se refere a dotar o povo de poderes de governabilidade e, para tanto, é de estrema importância que meios efetivos de efetivação da participação sejam propiciados (Dallari D. A., 2012).

No caso brasileiro, o artigo 14 da Constituição Republicana, incisos I a III, verifica-se a presença de mecanismos de participação popular nas decisões políticas tais como: por meio da democracia semi-direta, do sufrágio universal – como direito de escolha livre do cidadão -, do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular, ou por meio da democracia representativa – mandato político. Trata-se de mecanismos com a finalidade de fazer prevalecer à vontade popular.

Estes instrumentos não são os únicos. Ao Poder Legislativo, na sua função precípua de garantir de legalidade às normas componentes do ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição delega a função de manter comissões permanentes ou temporárias, às quais cabe a realização de audiências públicas com entidades da sociedade civil, tal qual dispõe o artigo 58, § 2º, II. Este meio normativo possibilita a participação dos cidadãos interessados, uma vez que pretende sua realização para discussão das mais diversas temáticas de interesse da sociedade. No entanto, tanto conselhos como audiências públicas, como será visto adiante, não tem sido empregados de forma sistemática a ponto de efetivamente propiciar participação aberta e democrática. O paradigma democrático de Estado apenas se realiza com um modelo de participação no qual os participantes entendem-se de fato responsáveis pela construção da decisão – na qual os cidadãos participam discursivamente da elaboração das decisões, uma vez que se constituem como autores e destinatários da decisão final.

Na ótica desse paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito, é legítima a decisão construída pelos partícipes envolvidos no procedimento, estando este espaço orientado pelos princípios democráticos. Nesse sentido, imperioso reportarmo-nos a Habermas (1997, pp. 145-146), o qual afirma que

> O princípio da democracia pressupõe preliminarmente a possibilidade da decisão racional de questões práticas, mas precisamente, a possibilidade de todas as fundamentações, a serem realizadas em discursos (e negociações reguladas pelo procedimento), das quais depende a legitimidade das leis. (...) Partindo do pressuposto de que uma formação política racional da opinião e da vontade é possível, o princípio da democracia simplesmente afirma como esta pode ser institucionalizada – através de um sistema de direitos que garante a cada um igual participação num processo de normatização jurídica, já garantindo em seus pressupostos comunicativos. (...) o princípio da democracia refere-se ao nível da institucionalização externa e eficaz da participação simétrica numa formação discursiva da opinião e da vontade, a qual se realiza em formas de comunicação garantidas pelo direito.

Trata-se de concepção de direito que o vincula necessariamente à filosofia moral e política. Que vincula a legitimidade à participação.

Nestes temos, cabe a reflexão sobre em que medida a realização material dos direitos e liberdades fundamentais significam a realização do Estado Democrático de Direito. Estes direitos inclusos na Constituição devem ser todos concretizados para que se possa considerar a efetivação plena do Estado Democrático de Direito? Se sim, como agir quando há princípios e direitos conflitantes entre si?

7 I JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO

O processo chamado de judicialização da justiça pode ser compreendido como um fenômeno recente da democracia contemporânea. Constitui-se de um deslocamento de funções precipuamente do Poder Legislativo para o Poder Judiciário. Segundo John Ferejohn (Ferejohn, 2003), trata-se de fenômeno de ocorrência quase global por ocasião da ineficácia do Estado Social de Direito em alocar recursos em determinados setores da sociedade que são responsáveis pela promoção de serviços que tornam efetivos direitos fundamentais. Também pode ser apontada como fator importante deste deslocamento, a desigual distribuição do poder de participação dos cidadãos na esfera pública (Araújo G. S., 2011).

Nessa lógica, o Poder Judiciário se coloca como um meio ao cidadão para ter acesso ao Estado no intuito de discutir sua ineficácia – vez que acaba acolhendo demandas ignoradas pelos demais poderes -, e de reorganizar a distribuição de recursos.

Muitos conflitos importantes sobre aspectos da distribuição de recursos não são colocados em debates pelos Poderes Legislativo ou Executivo e acabam se transformando em demandas por direitos fundamentais e sociais dirigidas ao Judiciário. O Poder Judiciário é, portanto, chamado a servir como meio democrático para distribuição de recursos. O cidadão se torna ator – participante - no processo de decisão por meio do protagonismo na demanda processual.

Importa pensar, no entanto, sobre em que medida esta “nova” função do Poder Judiciário coloca em cheque a própria concepção de Estado Democrático de Direito, o qual está baseado na organização constitucional estruturada sobre o princípio da tripartição de competências. Esses questionamentos exprimem o antigo debate sobre a limitação a ação estatal nas relações sociais, econômicas e políticas.

Neste debate, importa a referência a Jürgen Habermas, o qual entende o processo de judicialização como a instrumentalização do Direito pelo Executivo, de forma a hiper-regulamentar os espaços de livre produção social. De certa forma, o autor afirma que o Estado Democrático de Direito coloniza o mundo da vida (Araújo G. S., 2009). Isso quer dizer que as demandas de inclusão geradas pela crise do Estado Liberal ocasionam a inflação do sistema jurídico por meio da instrumentalização do Direito para que este interfira na esfera social.

O Estado de Direito sempre esteve baseado na certeza da lei, na segurança apoiada na existência de uma lei que é considerada pelos cidadãos que a reconhecem ou pelo Judiciário em caso de litígio. Segundo Mota (Mota, 2011), esse é o elemento primordial, ou seja, a segurança jurídica dos cidadãos sobre a atuação dos Poderes do Estado. Os princípios que tratam da limitação e do controle dos poderes como uma forma de impedir arbitrariedades estão expostos nas teorias da divisão de poderes ainda referidas por Montesquieu.

Nesse sentido, a busca pela materialidade dos direitos sociais pelas vias judiciais pode pôr em cheque a liberdade proporcionada pela segurança no Estado de Direito. Na concepção de Mota (Mota, 2011, p. 15),

> Deste modo, em um conceito de Estado Democrático de Direito que tenha efetividade e não seja uma quimera simplesmente programática, a materialidade dos direitos prestacionais deve ser aquela necessária para a segurança dos desfrutes privados, alcançáveis pelos indivíduos de maneira autônoma.
>
> Portanto, o Estado de Direito não pode ser delimitado somente como aquele que garante a liberdade de um ponto de vista formal, o império da lei nem por outro lado como um Estado igualitário, onde a liberdade de escolha de cada cidadão acerca do seu próprio projeto de vida não seja assegurada.
>
> (...) para que exista um Estado Democrático de Direito é necessário que existam condições políticas para que todos, inclusive o Estado, estejam efetivamente submetidos ao direito, e o controle do poder político deste esteja assegurado. Isso envolve direitos políticos e liberdades e as condições materiais assecuratórias para o exercício de tais liberdades.

O autor defende que o Estado não pode vestir-se somente com idéias prestacionais, uma vez que isso fere inevitavelmente as liberdades individuais. Uma intervenção estatal com fins de promoção de igualdade material coloca em perigo a liberdade.

A fórmula do Estado Democrático de Direito deve ser uma forma de organizar o Estado para oportunizar a participação do cidadão na formação de seus anseios políticos. A judicialização de determinadas demandas políticas representa, na verdade, a falta de possibilidade dos cidadãos de acesso à participação em determinadas questões. Trata-se de fenômeno que busca o Poder Judiciário com objetivo de obter resultados políticos (Araújo, 2011).

Demandas pela materialidade de direitos sociais, dessa forma, podem representar ao mesmo tempo um abalo na segurança jurídica do Estado de Direito, sob determinado ponto de vista, e um fenômeno gerado pela carência de participação social nas decisões sobre alocação de bens materiais, fator que influencia diretamente na materialização de determinados direitos – como é o caso da saúde no Brasil, por outro. Trata-se de uma recomposição da função dos três poderes. Ao Executivo, quando inerte, a sociedade se manifesta por meio do judiciário em busca de materialização da igualdade como fundamento do Estado.

Proporcionar meios de materializar a igualdade é questão complexa e demanda do Estado muito mais do que assegurar direitos iguais. A própria questão da desigualdade de renda não traduz por si a complexidade da questão que envolve inúmeras desigualdades individuais.

Quando a proposta parte de analisar a judicialização de questões políticas que envolvem direitos de igualdade, necessário perpassar pela compreensão da desigualdade não apenas de renda ou de oportunidades, mas de capacidades. Segundo Amartya Sen (2001), os indivíduos são diferentes em todos os sentidos, tanto fisicamente quando psicologicamente. Além disso, alguns nascem com mais vantagens que outros e m termos de disponibilidades de bens materiais, de capacidades intelectuais, entre outros. Estas diferenças, para o autor, são fatores extremamente determinantes para a consideração sobre o que se entende por igualdade e sobre a forma com a qual os Estados devem agir em relação às suas políticas públicas.

Necessidades e capacidades diferentes geram anseios diferentes e o Estado falha ao tratar todas estas questões deforma igual no momento de pensar sobre a materialização da igualdade. Há inúmeras variáveis que afetam a igualdade humana e que, por isso, importam para a satisfação da liberdade. Considerando que o Estado não tem somente o propósito de organizar a sociedade em igualdade de direitos, garantir a liberdade e dominar monopolicamente a força física, mas também pretende promover condições de desenvolvimento para seus cidadãos, as diferenças devem ser levadas em conta no momento deste Estado elaborar suas políticas públicas com fins sociais. Segundo Sen (2001), não apenas as condições de renda devem ser levadas em conta, mas também as diferenças de capacidades e de funcionamento.

A judicialização de questões políticas, nesse sentido, expõe a necessidade de materialização de direitos programados constitucionalmente e que não são efetivados por nenhuma política pública ou nem sequer apresentam condições materiais de serem efetivados. O processo de judicialização da política reforça a afirmação de que a Constituição é um conjunto de dispositivos a serem observados por toda a sociedade, inclusive pelos poderes Executivo e Legislativo. Segundo Gisele Araújo,

> [...]a possibilidade de fundamentar as decisões judiciais em princípios constitucionais explícitos ou implícitos, na centralidade ética dos direitos fundamentais ou na equidade – desenvolvimentos típicos do constitucionalismo do pós-guerra -, provoca um alargamento da discricionariedade como "legisladores implícitos", embora sempre provocados pelas ações movidas por outros setores da sociedade (Araújo, 2011, p. 31).

Segundo a autora, a afirmação do constitucionalismo como conjunto de dispositivos garantidores de direitos fundamentais a serem observados e respeitados por toda a sociedade constitui fator determinante para o destaque da função do Judiciário.

O Estado de Direito, portanto, efetiva-se como garantidor de direitos legítimos quando as necessidades básicas de seus cidadãos são plenamente atendidas. Considerar diferenças individuais de capacidades importa muitas vezes em atender necessidades básicas, uma vez que, diante da existência de determinadas condições a igualdade não se materializa e a noção de Estado, na qual membros parte de um todo social ajudam-se mutuamente – ainda que indiretamente na forma de pagamento de impostos –, não alcança a concretização.

Segundo Mota (Mota, 2011, p. 18), nesse sentido,

> Existe um relativo consenso de que não há vida digna, nem autorrespeito, nem possibilidade de exercício de capacidades individuais e coletivas sem que determinadas condições básicas estejam satisfeitas. A discussão gira em torno de quais condições seriam essas. Trata-se apenas de comer, beber, dormir e se abrigar? Sem dúvida que não, pois essas satisfações apenas garantem ao homem condições para a sua sobrevivência biológica. Por isso, admiti-las como suficientes seria o mesmo que comparar os homens aos animais, que certamente também necessitam dessas mesmas coisas para se manterem vivos. As necessidades humanas, ao contrário, requerem atendimentos para alem da dimensão biológica ou natural. Para os homens, as necessidades de comer, beber, dormir, abrigar-se, não constituem um fim em si mesmo. Envolvem entre outros aspectos, a produção de instrumentos em um processo que se dá permeado de interações sociais, divisão de tarefas, organização do espaço. Com isso se quer dizer que o atendimento às necessidades humanas engloba também aspectos psicológicos, culturais e sociais.

As necessidades básicas, dessa forma, influenciam na conceitualização dada aos direitos fundamentais de modo que são considerados também produtos históricos. Determinadas condições desenvolvidas por meio da tecnologia - determinados medicamentos, por exemplo -, podem ser incorporadas ao conceito de necessidade básica, uma vez consideradas fundamentais à manutenção da vida ou à própria qualidade de vida (Mota, 2011).

Neste estudo, compreendem-se como necessidades básicas aquelas que precisam ser satisfeitas para que se possam evitar prejuízos à saúde física, mental e à cidadania. Ou seja, estão relacionadas as condições sociais do indivíduo, na forma com a qual determinada sociedade condiciona ou não seu desenvolvimento crítico. Segundo Potyara Pereira (Pereira, 2011, p.67),

> Prejuízos são impactos negativos cruciais que impedem ou põem em sério risco a possibilidade objetiva dos seres humanos de viver física e socialmente em condições de poder expressar a sua capacidade de participação ativa e crítica. São, portanto, danos cujos efeitos nocivos independem da vontade de quem os padece e do lugar ou da cultura em que se verificam.

Nesse aspecto, quando considerada a autonomia como aspecto integrante das

necessidades básicas, importante definir o conceito de autonomia para fins deste trabalho. Utiliza-se para tanto a brilhante conceitualização de Pereira, que coloca autonomia enquanto capacidade do indivíduo de pensar e articular formar de atingir seus objetivos e interesses. Nessa ideia, três atributos compõem a noção de autonomia: habilidade cognitiva, saúde mental e oportunidade de participação.

Em relação à habilidade cognitiva, a autora entende a compreensão que o indivíduo consegue obter do mundo em que vive, as regras, a cultura, entre outros. A saúde mental está relacionada com a condição racional, com a aptidão desenvolvida que gera a capacidade de discernimento. No que tange à capacidade de participação, a ação do Estado enquanto organizador social, definidor de regras, e provedor de meios de participação apresenta um referencial importante e, a rigor, definidor da disponibilidade ou não do "ser autônomo".

8 I CONCLUSÃO

A judicialização da política se apresenta quando o Estado não promove meios para o exercício da autonomia, ou quando os meios disponíveis não estão propriamente estruturados ou seriamente executados. A não funcionalidade de instrumentos de participação social ao interferir na autonomia individual gera a busca por formas de efetivação desse direito, ainda que seja pela forma judicial. Trata-se de possibilitar que valores e necessidades sejam levados à apreciação de um dos Poderes do Estado para que existam chances de efetivação e sejam de fato reconhecidos como direitos. O Estado Democrático de Direito deve prestar atenção aos questionamentos que estão sendo feitos ao Poder Judiciário.

Essas disputas devem ser reconhecidas como legítimas demandas dos cidadãos no seu espaço social, uma vez que outro espaço de discussão não está sendo provido. Ao que se pode compreender até o momento, a judicialização da política traz à discussão conflitos legítimos da sociedade.

Nesse processo, ambos os poderes, Executivo e Legislativo, sofrem abalos na sua conceitualização e atuação, mas este último é atingido na sua função principal, ou seja, na atividade de produção de normas. O Judiciário tem ocupado este espaço. O fator que chama a atenção nesse processo é que nas sociedades modernas o procedimento democrático está baseado na legitimidade das regras votadas e aprovadas pelos representantes do povo, ou seja, pelo Poder Legislativo. No entanto, o fenômeno da judicialização da política, faz com que regras também possam ser produzidas por juízes e tribunais (Dworkin, 2005).

O que merece ser analisado por meio deste exame do Estado Democrático de Direito em relação à judicialização está no questionamento sobre se este Estado permanece legitimado nos parâmetros democráticos, uma vez que uma de suas estruturas basilares, ou seja, a divisão de Poderes, está sofrendo alterações. O poder conferido ao Judiciário de

interpretar e até mesmo reformar o Direito e as políticas públicas, poderia significar um abalo à democracia? Se considerarmos que esse fenômeno se trata de uma forma encontrada pelo cidadão de exercer suas pretensões sociais para as quais não encontrou no aparato estatal outro espaço de expressão, estaríamos questionando o Estado Democrático de Direito ou apenas a forma de organizar a democracia?

REFERÊNCIAS

Accioli, W. (1981). *Instituições de direito constitucional.* Rio de Janeiro: Forense.

Almeida, G. A., & Cianci, M. (2011). *Direito processual do controle da constitucionalidade.* São Paulo: Saraiva.

Araújo, G. S. (2009). Habermas e a Democracia como antídoto à irracionalidade. Boletim CEDES, v. 1, p. 1.

Araújo, G. S. (2011). Judicialização da política: as possibilidades da democracia para além do monismo político e identitário. In: L. E. Motta, & M. Mota, *O Estado Democrático de Direito em Questão. Teorias críticas da judicialização da política* (pp. 23-49). Rio de Janeiro: Elsevier.

Baptista da Silva, O. A. (2004). *Processo e Ideologia. O Paradigma Racionalista.* Rio de Janeiro: Forense.

Bobbio, N. (1995). *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito.* São Paulo: Ícone.

Canotilho, J. J. (1999). *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* (7 ed.). Coimbra: Almedina.

Canotilho, J. J. (2006). *Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In: Constituição, direitos fundamentais e direito privado.* Porto Alegre: Livraria do Advogado.

Dal-Bosco, M. G. (2008). *Discricionariedade em políticas públicas.* Curitiba: Juruá.

Dallari, D. A. (2012). *Elementos de Teoria Geral do Estado* (31 ed.). São Paulo: Saraiva.

Draibe, S. M. (1989). O “Welfare State” no Brasil: características e perspectivas. In: ANPOCS, *Ciências Sociais hoje.* São Paulo: Vértice e Anpocs.

Dworkin, R. (2005). *Uma questão de princípio* (2ª ed.). São Paulo: Martins Fontes.

Ferejohn, J. (2003). Judicializing politics, politicizing law. *Hoover Digest , 1* (winter issue).

Habermas, J. (1997). *Direito e Democracia: entre a facticidade e validade.* Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.

Kelsen, H. (1992). *Teoria geral do direito e do estado* (2 ed.). São Paulo: Martins Fontes.

Lenza, P. (2009). *Direito Constitucional esquematizado* (13 ed.). São Paulo: Saraiva.

Maders, A. M. (2010). O Direito À saúde no Estado Democrático de Direito brasileiro. *Revista do Direito UNISC* , pp. jan-jun, 19-37.

Magalhães, J. L. (2000). *Direito Constitucional.* Belo Horizonte: Mandamentos.

Montesquieu, C. d. (2005). *O espírito das leis.* (C. Murachco, Trad.) São Paulo: Martins Fontes.

Mota, M. (2011). Paradigma contemporâneo do Estado Democrático de Direito: pós-positivismo e judicialização da política. In: L. E. Motta, & M. Mota, *O Estado Democrático de Direito em Questão* (pp. 03-22). Rio de Janeiro: Elsevier.

Offe, C. (1972). *Advanced capitalism and the Welfare State.* (v. n.-4. Sage publications, Ed.) Disponível em Politics and Society: https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/003232927200200406. Acesso em 04 de fev de 2022.

Rousseau, J.-J. (2002). *Do Contrato Social.* Disponível em E-livros gratis: www.ebooksbrasil.com. Acesso em 02 de maio de 2022

Sen, A. (2001). *Desigualdade reexaminada.* São Paulo: Record.

Souza, C. S. (2002). *Consenso e tipos de estado no ocidente.* Porto Alegre: Sagra Luzzatto.

Streck, L. L., & Morais, J. L. (2000). *Ciência Política e Teoria Geral do Estado.* Porto Alegre: Livraria do Advogado.

SOBRE OS ORGANIZADORES

ANATERCIA ROVANI PILATI - Doutora em Direito pela Universidade de Milão (UNIMI), Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Mestre em Direito pelo Instituto Internacional de Sociologia Jurídica de Onãti (Universidade do País Basco). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professora da Faculdade João Paulo II - Porto Alegre.

MARCOS ROBERTO DE LIMA AGUIRRE - Advogado, Doutor em Direito pela UFRGS 2015, Presidente da Comissão de Estágio e Exame de Ordem da OAB/RS 2022/2024, Professor e Coordenador do Curso de Direito da Faculdades João Paulo II - Campus Porto Alegre/RS e Professor Convidado da Especialização em Direito Bancário do Programa de PósGraduação Lato Sensu em Direito da Escola de Direito do Verbo Jurídico. Eleito Conselheiro Consultivo da Fundação Banrisul de Seguridade Social 2019/2022.